

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PEDRO HENRIQUE DE GÓIS

DA PRETENSÃO REIVINDICATÓRIA – ASPECTOS TEÓRICOS SOBRE SUA
PRESCRITIBILIDADE

CURITIBA

2013

PEDRO HENRIQUE DE GÓIS

DA PRETENSÃO REIVINDICATÓRIA – ASPECTOS TEÓRICOS SOBRE SUA
PRESCRITIBILIDADE

Monografia apresentada como requisito parcial
para conclusão do Curso de Bacharel em Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

CURITIBA

2013

03/12/13

Formulário: Monografia Final

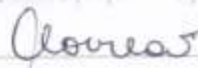
TERMO DE APROVAÇÃO**PEDRO HENRIQUE DE GÓIS****DA PRETENSÃO REIVINDICATÓRIA – ASPECTOS TEÓRICOS
SOBRE SUA PRESCRITIBILIDADE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de
Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de
Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte
banca examinadora:

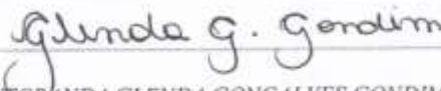


RODRIGO XAVIER LEONARDO
Orientador

Coorientador



ADRIANA ESPÍNDOLA CORRÊA
Primeiro Membro



DOCTORANDA GLENDA GONÇALVES GONDIM
Segundo Membro

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Rodrigo Xavier Leonardo, mestre que me apresentou à Teoria do Fato Jurídico e à excepcional obra de Pontes de Miranda.

RESUMO

O presente trabalho se propõe a realizar uma abordagem específica acerca do instituto jurídico da prescrição e a sua aplicação à pretensão reivindicatória, tendo como norte teórico a teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda. Abordam-se algumas interlocuções com outros teóricos, porém sem nunca fugir da já aludida referencial doutrina. É um estudo pontual, que consubstancia evidente recorte metodológico do tema.

Palavras-Chave: Pretensão, Prescrição, Imprescritibilidade, Teoria do Fato Jurídico, Eficácia Jurídica, Relação Jurídica, Propriedade, Elementos Componentes do Domínio, Pretensão Reivindicatória.

RESUMEN

Este trabajo pretende realizar una explicación específica sobre la prescripción y su aplicación ante la pretensión de reivindicación. El referencial teórico del trabajo es la teoría del hecho jurídico de Pontes de Miranda. Son realizados algunos diálogos con otros teóricos, pero sin nunca olvidar la ya aludida doctrina matriz. Se trata de un estudio puntual, que representa un enfoque metodológico específico sobre el tema.

Palabras clave: Pretensión, Prescripción, Teoría del Hecho Jurídico, Eficacia Jurídica, Relación Jurídica, Propiedad, Elementos del Dominio, Pretensión de Reivindicación.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1. DA PRESCRIÇÃO	11
1.1. Introdução Conceitual	11
1.2. Teoria do Fato Jurídico: plano da existência – os fatos jurídicos	11
1.3. Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia – os efeitos jurídicos – a relação jurídica	12
1.4. Estrutura da Relação Jurídica	13
1.5. Exceção	15
1.6. O Conceito de Prescrição: problemática conceitual – “prescrição” enquanto fato jurídico e enquanto eficácia jurídica	16
1.7. Objeto e Suporte Fático da Prescrição	18
1.8. Breve Distinção entre Prescrição e Decadência	19
1.9. Prescritibilidade x Imprescritibilidade	21
CAPÍTULO 2. DA PRETENSÃO REIVINDICATÓRIA (DE SEQUELA)	27
2.1. Introdução Conceitual	27
2.2. A Polissemia do Termo “Propriedade”: propriedade enquanto direito real pleno	27
2.3. Suportes Fáticos e Estrutura da Relação Jurídica de Propriedade enquanto Direito Real Pleno	29
2.4. Precisão Terminológica: direito real pleno ou domínio	32
2.5. Os Direitos (ou Elementos) Componentes do Domínio	32
2.5.1. O Posicionamento de Pontes de Miranda	32
2.5.2. O Posicionamento de Luciano Penteado	34
2.5.3. O Direito de Usar	36
2.5.4. O Poder de Gozar (Fruir)	37
2.5.5. O Poder de Dispor	38
2.5.6. O Direito de Possuir	39
2.6. A Pretensão Reivindicatória	40
CAPÍTULO 3. PRESCRITIBILIDADE X IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO REIVINDICATÓRIA	44
3.1. Breve Introdução	44
3.2. Prescritibilidade x Imprescritibilidade na Teoria do Direito Privado	44

3.2.1. Posicionamentos Favoráveis à Imprescritibilidade	44
3.2.2. Posicionamentos Favoráveis à Prescritibilidade	49
3.2.3. Saldo Teórico	53
3.3. Interlocução Constitucional	54
3.4. Interlocução com o Direito Penal – Uma Proposta.....	57
CONCLUSÃO	62
ANEXOS	64
REFERÊNCIAS	73

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objetivo a abordagem teórica do tema do direito de propriedade, mais especificamente a análise de um dos elementos componentes do regime jurídico da propriedade enquanto direito real pleno: a *pretensão reivindicatória*. Ao se realizar a apreciação desta, será feita uma interlocução com a Teoria do Direito – notadamente a teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda, a qual é a referência teórica deste trabalho – com o intuito de examinar como ocorre a aplicação do fenômeno da *prescrição* em relação à pretensão reivindicatória.

Tendo em vista o objetivo de estruturar o trabalho de tal forma a estabelecer uma ordem lógica e metodologicamente coerente, primeiramente serão apresentados conceitos teóricos acerca da *prescrição*, para depois, em segundo lugar, fazer-se uma abordagem acerca da *pretensão reivindicatória*. Apenas após estas duas análises preliminares é que se passará à questão de como se dá a aplicação da *prescrição* em relação à *pretensão reivindicatória*. Finalmente, proceder-se-á a uma conclusão, com o fechamento teórico encontrado para o tema proposto.

Aproveita-se para adiantar, já nesta introdução, algumas observações elementares prévias sobre o próprio modo de elaboração deste trabalho monográfico: i) como já foi dito, porém mais uma vez se reitera, o marco referencial adotado como norte do trabalho é a teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda, atualizada pelo jurista Marcos Bernardes de Mello. Esta escolha foi motivada, primeiramente, pelo grande mérito e sofisticação desta teoria, a qual tem o condão de explicar com invejável rigor técnico a estrutura e o funcionamento do Direito; secundariamente, o recorte metodológico também se justifica precisamente pelo fato de o presente trabalho ser uma monografia de graduação, a qual tem limitações de tamanho e de abrangência inerentes ao seu próprio formato e objetivo. ii) Admitida a opção teórica, destaca-se que ela de modo algum esgota a realidade sobre o problema da prescritibilidade ou imprescritibilidade da *pretensão reivindicatória*, pois esta questão enfeixa ainda considerável embate doutrinário, além de problemas de ordem lógica e de graves consequências para além do Direito. iii) Por fim, a terceira observação elementar prévia é quase desnecessária, de tão óbvia que é: por se

tratar de um trabalho acerca de um aspecto do regime jurídico do direito de propriedade, é evidente que não se olvida que a diretriz essencial sobre o tema é a da noção de *função social da propriedade*, afinal, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, esta é uma norma constitucional que transcende e perpassa todo o Direito. Esclarece-se que a análise da função social *não é o tema* deste trabalho (afinal, por si, ela permitiria a feitura de outra monografia), sendo aqui admitida apenas enquanto premissa.

Definidas estas indispensáveis explicações iniciais, pode-se passar ao desenvolvimento do trabalho propriamente dito.

CAPÍTULO 1. DA PRESCRIÇÃO

1.1. Introdução Conceitual

De acordo com Pontes de Miranda:

“No Código Civil brasileiro e na ciência jurídica, escoimada de teorias generalizantes, prescrição é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação”¹. (PONTES DE MIRANDA, p. 100)

Esta breve conceituação, sem embargo, permite uma profunda reflexão teórica. Nota-se que Pontes de Miranda define a prescrição enquanto “exceção”, ou seja, enquanto conteúdo eficaz da relação jurídica.

Considerando ser a terminologia pontesiana extremamente peculiar e específica, é necessário expor algumas explicações preliminares sobre a Teoria do Fato Jurídico, especialmente sobre o Plano da Eficácia, para permitir a compreensão mais abrangente daquilo que se está pretendendo explicar.

1.2. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência – os fatos jurídicos

De maneira bastante simplificada, é possível se afirmar que as normas jurídicas descrevem hipóteses fáticas, ao mesmo tempo em que prescrevem mandamentos relativos à eventual ocorrência destas hipóteses descritas. Assim, uma eventual norma jurídica *x* descreve um hipotético fato *y*. Ocorrendo este fato *y* no *mundo dos fatos*, a norma jurídica *incide*, *juridicizando* o fato, isto é, fazendo com que ele ingresse no *mundo jurídico*, extraíndo-se deste fato consequências, assim ditas jurídicas. Ou seja, se alguém (um sujeito de direito) concretamente pratica o fato abstratamente previsto na norma jurídica, concretiza-se o assim chamado *suporte fático* do fato jurídico, o que resulta na *incidência* da norma jurídica e na conseguinte produção de eficácia jurídica. Existindo o fato jurídico, ele produz efeitos

¹ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. VI, §662. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 100.

jurídicos e é justamente a produção de eficácia jurídica que interessa para a análise da prescrição².

1.3. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia – os efeitos jurídicos – a Relação Jurídica

A eficácia jurídica, como já se disse, consiste nas conseqüências do fato jurídico. Estas conseqüências, a depender do fato jurídico, podem assumir diversas formas, as quais são classificadas, grosso modo, em duas grandes categorias: as *Situações Jurídicas em Sentido Estrito* (simples ou complexas unilaterais) e as *Relações Jurídicas*.

Situações Jurídicas Simples são as *espécies de eficácia jurídica que dizem respeito a uma única esfera jurídica e cujo conteúdo se limita a atribuir a seu titular, apenas, uma qualidade ou uma qualificação no mundo jurídico*.³ (MELLO, p.89). Ou seja, são os *status individuais*, como, por exemplo, as capacidades (de ser parte, de ser empresário etc.). Já as Situações Jurídicas Complexas derivam de fatos jurídicos que têm a intersubjetividade como pressuposto de existência, porém cuja eficácia se limita apenas a uma única esfera jurídica. São exemplos alguns negócios jurídicos unilaterais, como a *oferta ao público*.⁴ (MELLO, p.165)

Nada obstante, a categoria eficaz que interessa a este trabalho é a da relação jurídica (afinal, basta lembrar que Pontes de Miranda definiu a *prescrição* como sendo uma *exceção*, a qual é conteúdo eficaz da Relação Jurídica). Sendo assim, cabe agora definir, enfim, o que é uma relação jurídica.

Aduz Marcos Bernardes de Mello:

“É possível definir a relação jurídica como toda relação intersubjetiva sobre a qual a norma jurídica incidiu, juridicizando-a, *bem como aquela que nasce, já dentro do mundo do direito, como decorrência de fato jurídico*.”⁵ (MELLO, p. 171) (grifo nosso).

² Esta pequena explicação foi extraída, sem muito requinte, da obra de MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia, 1ª Parte**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 89.

⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia, 1ª Parte**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 165.

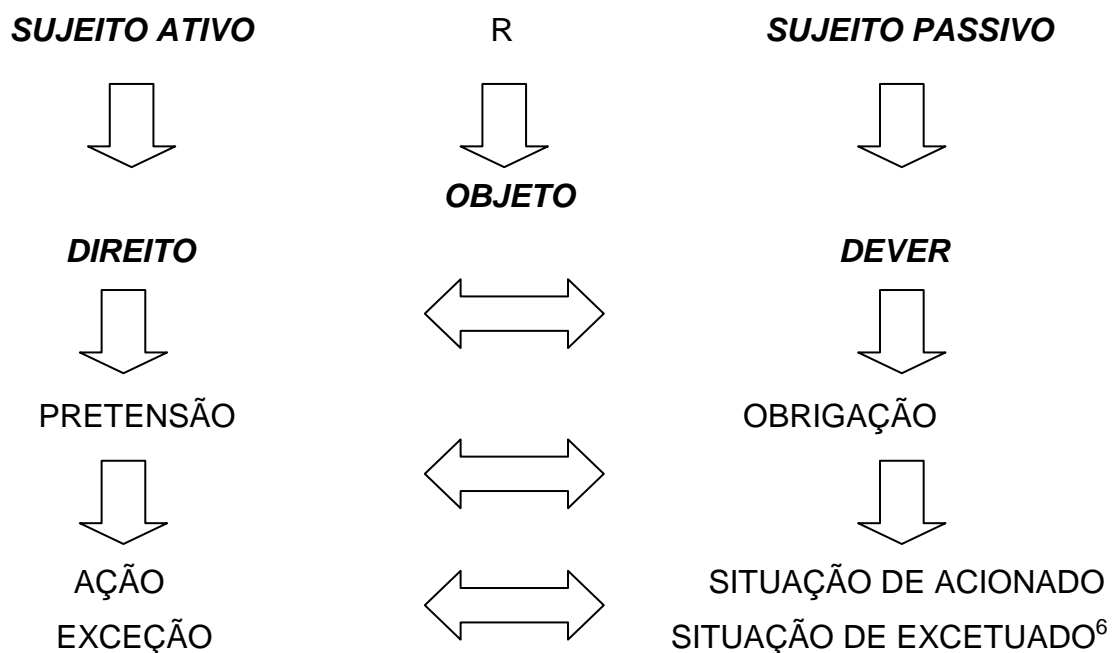
⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia, 1ª Parte**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 171.

Em outros termos, é possível explicar que a relação jurídica é eficácia de um fato jurídico, a qual atinge ao menos duas esferas jurídicas, ou seja, produzindo efeitos para uma pluralidade de sujeitos de direitos.

1.4. Estrutura da Relação Jurídica

Havendo explicado o conceito de relação jurídica, é necessário agora discorrer sobre a estrutura e o conteúdo eficaz da mesma, pois é aqui que se insere o conceito de exceção referenciado por Pontes de Miranda.

Basicamente, a estrutura de uma relação jurídica consiste em dois ou mais sujeitos, referenciados por um objeto, sendo que os sujeitos ficam interconectados entre si por *posições jurídicas ativas e passivas* (categorias eficaciais), as quais se correspondem seguindo o presente quadro:



Minimamente, existindo uma relação jurídica, há *direito* e *dever* correlatos. É simplesmente impossível a existência da relação jurídica sem esta correspondência elementar e é esta característica (além da necessidade de no mínimo dois sujeitos e de um objeto) que configura a estrutura da relação jurídica. É perfeitamente possível

⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia, 1ª Parte**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 172.

que, a depender do caso, numa relação jurídica concreta não haja os binômios da *pretensão-obrigação*, *ação-situação de acionado* e *exceção-situação de excetuado*, ou que ocorra justamente o contrário, estando presentes todos os binômios. Nada obstante, o binômio que sempre estará presente é o do *direito-dever*.

Definido isto, cabe agora explicar o que são, o que significam cada um destes binômios e quais as diferenças entre eles (assim chegaremos enfim à explicação do que vem a ser a *exceção*). Basicamente, direito, pretensão e ação são *poderes diferentes dentro da relação jurídica*⁷ (MELLO, p. 184). Para melhor explicar a diferença, mostrar-se-á um exemplo utilizado pelo próprio Prof. Marcos Bernardes de Mello em sua obra sobre o tema:

“Um exemplo mostrará, às claras, as diferenças e o relacionamento que existem entre eles (os poderes). Suponha-se que César tomou um empréstimo de R\$10.000,00 a Áulio, no dia 10 de maio, com vencimento para o dia 10 de julho. No contrato estabeleceu-se que o devedor teria um prazo de tolerância de cinco dias para efetuar o pagamento sem que incidisse em mora (pacto de non petendo), podendo, portanto, pagar a dívida até o dia 15, sem quaisquer ônus. Com a entrega do dinheiro a César, concretizou-se o contrato de empréstimo, nascendo, então, uma relação jurídica entre os dois, cujo conteúdo consiste no *direito* do credor (Áulio) de receber a devolução do dinheiro no prazo estipulado, a que corresponde o *dever* de César (devedor) de nele adimplir a obrigação. Entre 10 de maio e 9 de julho, embora existam *direito* (subjetivo) e *dever*, Áulio não pode exigir que César lhe devolva o dinheiro. Por quê? Porque nesse período somente há *direito* (subjetivo) e *dever*, os quais, por si só, são inexigíveis. A partir do dia do vencimento, 10 de julho, porém, Áulio já pode procurar César e exigir-lhe o pagamento (cobrar a dívida). Por quê? Porque no vencimento da dívida nasce em favor do credor a *pretensão* ao cumprimento da *obrigação* em que se transforma o *dever*. Portanto, deixa de haver apenas direito (subjetivo) e *dever*, passando a existir *pretensão* do credor e *obrigação* do devedor ao cumprimento. O direito, enquanto sem pretensão, não é exigível; existe apenas in potentia. No exemplo aqui figurado, em face do pacto de non petendo, embora Áulio possa cobrar (exigir) o cumprimento da obrigação a partir do dia 10 de julho, César terá até o dia 15 para efetuar o pagamento sem que aquele (Áulio) possa, durante esse lapso temporal, tomar outra providência qualquer para *impor-lhe* o pagamento. Por quê? Porque nesse meio tempo só existe a pretensão (=exigibilidade do direito), sem impositividade. A *impositividade do direito* está na *ação*, que apenas surge, em regra, se ocorre descumprimento da obrigação. Por isso é que, somente se no dia 15 César não efetuar a prestação devida, efetivando o pagamento, nascerá em favor de Áulio *ação* para *impor* a pretensão. A *ação* constitui, assim, o *grau de impositividade do direito*; em geral, apenas surge com a violação da pretensão.”⁸ (MELLO, p. 185) (grifos nossos)

⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia, 1ª Parte**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 184.

⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia, 1ª Parte**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 185.

A explicação é perfeita e didática. Entende-se que a pretensão é o poder de exigibilidade do direito, enquanto a ação (em sentido *material*, é crucial que se frise) é o grau de impositividade do direito. É notável, portanto, que é perfeitamente possível que haja relações jurídicas em que não haja nem pretensão, nem ação. Exemplo clássico disto são os assim chamados *direitos mutilados*, como a impossibilidade jurídica de cobrança das dívidas de jogo.

Já havendo explicado a diferença entre direito (dever), pretensão (obrigação) e ação (situação de acionado), cabe agora finalmente explicar o que vem a ser a exceção.

OBS: Outras teorias a respeito da estrutura da Relação Jurídica, que não são adotadas por este trabalho, mas que guardam considerável prestígio teórico e vários pontos de interconexão com a teoria aqui adotada são as dos professores Orlando Gomes e Manuel Domingues de Andrade. Ao leitor que desejar obter visão mais ampla sobre elas, fica a indicação bibliográfica⁹.

1.5. Exceção

Segundo Pontes de Miranda (p.3), *a exceção diz respeito à eficácia do ius exceptionis e à eficácia do direito, da pretensão, ou da ação, ou da exceção, que ela “exce tua”*¹⁰. Basicamente, isto quer dizer que a exceção é um obstáculo à eficácia de um direito, pretensão ou ação contrários, ou de até mesmo de outra exceção.

Explique-se melhor: como já foi visto, dentro da estrutura da relação jurídica há o binômio *direito-dever*, podendo haver os binômios *pretensão-obrigação* e *ação-situação de acionado*. Dentro desta lógica, a exceção aparece como uma contraposição ao direito, ou à pretensão, ou à ação. Por exemplo: um determinado sujeito ativo de uma relação jurídica decorrente de um contrato de empréstimo tem o direito e a pretensão de cobrar o valor estipulado no contrato, contudo ficou inerte por muito tempo e apenas após o transcurso do *prazo prescricional* resolveu exercer sua pretensão. Contra este sujeito ativo (credor), tem o sujeito passivo (devedor) uma exceção, consubstanciada na prescrição, que promove um “encobrimento” da

⁹GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993. e ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. Coimbra: Almedina.

¹⁰ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. VI, §628. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 3.

eficácia da pretensão e da ação do credor. Desta forma, a exceção assume o papel de contraponto eficaz em relação aos outros poderes insertos na relação jurídica, inclusive, em relação a outras eventuais exceções. O mesmo diz Marcos Bernardes de Mello, que afirma que *tem-se a exceção quando o sujeito passivo da relação jurídica é titular de um direito que se opõe a direito, pretensão ou ação do sujeito ativo, encobrendo-lhe os efeitos*¹¹ (MELLO, p. 186).

Apenas agora é possível entender a afirmação de Pontes de Miranda sobre a prescrição. Cite-se novamente:

“No Código Civil brasileiro e na ciência jurídica, escoimada de teorias generalizantes, prescrição é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação”¹². (PONTES DE MIRANDA, p. 100)

Com os subsídios teóricos apresentados, isto é, com o conceito de *relação jurídica* e de *exceção* devidamente explicados, é possível se entender teoricamente o que é a prescrição.

1.6. O Conceito de Prescrição: problemática conceitual – “prescrição” enquanto fato jurídico e enquanto eficácia jurídica

Por tudo que até agora foi apresentado, a única conclusão que se pode tirar é de que a prescrição é um tipo de exceção, ou seja, é conteúdo eficaz (uma posição jurídica ativa) da relação jurídica, a qual por sua vez nada mais é que eficácia jurídica de algum fato jurídico. Ou seja, está a se falar, dentro da divisão de planos¹³ (MELLO, p. 90 e ss.), no Plano da Eficácia.

Nada obstante, será que se pode entender a prescrição somente como um efeito? Ou será que não se há de falar em prescrição enquanto *fato jurídico*, do qual decorre o efeito jurídico da *prescrição*? De fato, está-se diante de um problema terminológico, no qual a confusão reside na utilização da mesma palavra, o substantivo *prescrição*, para se definir tanto um fenômeno como os seus efeitos. Melhor seria utilizar o termo *prescrição* para se falar do *fato jurídico da prescrição*,

¹¹MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia, 1ª Parte**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 186.

¹²PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. VI, §662. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 100.

¹³MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

enquanto o termo *efeitos da prescrição* seria mais adequado para definir a eficácia jurídica do fato jurídico da prescrição.

O que se quer sustentar aqui é que não há contradição alguma em se sustentar que a *prescrição* é um fato jurídico. Como bem alude o Prof. Rodrigo Xavier Leonardo:

“Como uma particular espécie de fato jurídico, a prescrição se forma a partir dum determinado suporte fático composto por eventos e ações humanas. O suporte fático da prescrição é complexo, envolvendo eventos (o transcurso do tempo) e ações humanas (inação do titular de uma determinada situação jurídica ativa).”¹⁴ (LEONARDO, p.2)

A verdade é que, segundo Pontes de Miranda, a prescrição é um ato-fato jurídico, como ele minuciosamente explica no §665, 3 de seu Tratado de Direito Privado:

“Incidindo no suporte fático a regra jurídica sobre prescrição, o fato jurídico da prescrição se produz (= o suporte fático entra no mundo jurídico). Entrando no mundo jurídico o suporte fático, temos, nesse mundo, mais um fato jurídico, que havemos de considerar ato-fato jurídico, devido ao ato humano negativo, talvez involuntário, que é de mister ao suporte fático. O ato-fato jurídico da prescrição somente produz, no mundo jurídico, o efeito de criar o *ius exceptionis*, isto é, o direito de exceção de prescrição. Direito que se exerce, ou não.”¹⁵ (PONTES DE MIRANDA, p. 112)

Observa-se que o próprio Pontes de Miranda já faz a coerente diferenciação ente o ato-fato jurídico da prescrição e o seu efeito jurídico, que é o direito de exceção de prescrição (*ius exceptionis*). Ou seja, inegavelmente não há razão para se confundir a causa com a consequência, o fato jurídico com o seu efeito. Muito embora haja a confusão terminológica, está a se tratar de duas realidades distintas.

Como conclusão, pode-se afirmar que existe a previsão normativa do suporte fático abstrato do fato jurídico *prescrição* no ordenamento jurídico brasileiro. Havendo no mundo dos fatos a ocorrência do suporte fático em concreto, há a incidência e a formação do fato jurídico. Deste fato jurídico se extrai o efeito jurídico da prescrição, que é o surgimento, dentro de uma relação jurídica, da *Exceção de*

¹⁴LEONARDO, Rodrigo Xavier. **A prescrição no Código Civil Brasileiro (ou o jogo dos sete erros)**, p. 2.

¹⁵PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. VI, §665. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 112.

Prescrição (ius exceptionis), a qual *permite* a seu titular a possibilidade de encobrir a eficácia de uma pretensão e ação contrapostas.

1.7. Objeto e Suporte Fático da Prescrição

Questionar a respeito do objeto da prescrição equivale a perguntar sobre qual ou quais categorias eficaciais o efeito da prescrição atua. Em outras palavras, quais categorias eficaciais têm sua eficácia encoberta pelo eventual exercício da Exceção de Prescrição?

Marcos Bernardes de Mello (p. 186) afirma que a *exceção de prescrição somente tem o efeito de encobrir a pretensão e a ação*¹⁶ (ambas de direito material). Resposta idêntica é dada por Pontes de Miranda (p.100), que assevera que *prescrição é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação*¹⁷. Este mesmo autor ainda complementa (p.113), mais adiante em sua obra, que *de regra, a prescrição se refere à pretensão; donde não se precisar que tenha nascido a ação (em sentido próprio)*¹⁸.

Observa-se, portanto, que o objeto da prescrição é, precipuamente, a categoria eficaz da *pretensão*, ou seja, é a pretensão que tem sua eficácia encoberta pelo efeito da prescrição (neste mesmo sentido, teoriza Alcides Tomasetti Jr¹⁹ (TOMASETTI, p.6)). A prescrição também pode atingir a ação em sentido material, nos casos em que esta existe sem a coexistência de uma pretensão, mas o fato é que geralmente estas duas categorias eficaciais coexistem, sendo raros os exemplos do contrário. Enfim, verdade é que o destinatário por excelência dos efeitos da prescrição é a categoria eficaz da *pretensão*.

É esta a regra que se encontra vigente no Código Civil Brasileiro, em seu artigo 189:

¹⁶MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia, 1ª Parte**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 186.

¹⁷PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. VI, §662. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 100.

¹⁸PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. VI, §665. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 113.

¹⁹TOMASETTI, Alcides (et. alli). **Comentários à Lei de Locações de Imóveis Urbanos**. São Paulo: Saraiva. 1991, p.6.

*“Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”²⁰
(grifo nosso)*

Indubitavelmente, a redação da lei é passível de inúmeras críticas. A maior delas se refere ao fato de que a prescrição não *extingue* a pretensão, mas apenas encobre sua eficácia. Como acertadamente afirma Rodrigo Xavier Leonardo (p.10), *ao se atribuir à prescrição uma eficácia extintiva da pretensão (peremptoriamente extintiva), o legislador incorreu em grave erro lógico.*²¹

Isto se explica facilmente apenas pela leitura do artigo 191 do Código Civil Brasileiro, o qual prevê a hipótese de renúncia à prescrição. Seria um completo absurdo lógico admitir que algo que é extinto pode voltar a existir por meio de uma renúncia, contudo, não é objetivo deste trabalho aprofundar maiores críticas à técnica legislativa brasileira. Basta frisar que o legislador errou ao afirmar que a *prescrição extingue a pretensão*, quando na verdade o que ocorre é o encobrimento de eficácia. Este erro é pacificamente apontado pela melhor doutrina, especialmente por Pontes de Miranda e por Marcos Bernardes de Mello, não merecendo maiores atenções.

Em suma, como já foi dito, pode-se afirmar que, segundo a lei civil brasileira, a categoria eficaz atingida pela prescrição é a da *pretensão*. Ela é que sofre o encobrimento eficaz. Assim, tem-se como suporte fático abstrato do ato-fato jurídico da *prescrição* os seguintes elementos: i) o transcurso de um lapso temporal determinado pela lei; ii) a inação do titular de uma *pretensão* (ou ação em sentido material) durante o referido lapso temporal.

É isto que afirma, com outras palavras, Pontes de Miranda (p.113): *no suporte fático da regra jurídica sobre prescrição há de haver a pretensão, ou a afirmação de existir, e o tempo, de cujo decurso depende a incidência da regra jurídica.*²²

1.8. Breve Distinção entre Prescrição e Decadência

Muito embora não seja o objetivo deste trabalho abordar o tema da decadência, nem tampouco repisar o já fastidioso tema da diferenciação entre

²⁰BRASIL. **Novo Código Civil**. Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, 2002.

²¹LEONARDO, Rodrigo Xavier. **A prescrição no Código Civil Brasileiro (ou o jogo dos sete erros)**, p. 10.

²²PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. VI, §665. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 113.

prescrição e decadência, mostra-se necessário ao menos incluir uma breve explicação a este respeito, com o objetivo de explicar algumas das confusões comuns e de melhor aclarar a delimitação do presente objeto de estudo. Este tópico, portanto, será breve e pontual.

Como foi asseverado no tópico anterior, elemento indispensável à configuração da prescrição é a existência duma *pretensão* ou duma *ação em sentido material*. Não havendo estas categorias eficaciais, obviamente, não há de se falar em prescrição. É isto que assevera Humberto Theodoro Júnior (p.347) em obra a respeito: *não se tratando de pretensão – exigência de uma prestação omitida pelo obrigado – não há que se pensar em prescrição. Os prazos extintivos de direitos desprovidos de pretensão é que constituem o objeto da decadência.*²³

Seguindo este raciocínio, Theodoro Júnior sustenta que em relação a *direitos potestativos* não pode haver a prescrição. Segue afirmando:

“Estes (os direitos potestativos) nada mais são do que poderes ou faculdades do sujeito de direito de provocar a alteração de alguma situação jurídica. Neles não se verifica a contraposição de uma obrigação do sujeito passivo a realizar certa prestação em favor do titular do direito. A contraparte simplesmente está sujeita a sofrer as conseqüências da inovação jurídica. Por isso, não cabe aplicar aos direitos potestativos a prescrição: não há pretensão a ser extinta [...]”²⁴ (THEODORO JR., p. 347)

Fazendo-se uma integração com os conceitos já apresentados a respeito da estrutura da relação jurídica (tópico 1.4), observa-se que, segundo Theodoro Júnior, o conteúdo eficaz das relações jurídicas rotuladas sob a denominação de *Direitos Potestativos* não contém o binômio *pretensão-obrigação*. Ou seja, não se há de falar em *poder de exigibilidade do direito* (= pretensão) ou em *grau de impositividade do direito* (= ação em sentido material). O binômio que existe, nestes casos, é o do *poder formativo–sujeição*²⁵ (LEONARDO, p.6).

Não havendo pretensão ou ação em sentido material, por lógica, não pode haver prescrição. Conclui-se, portanto, que os direitos potestativos não são prescritíveis, pois o instituto da Prescrição simplesmente nada tem a ver com eles – não há pertinência alguma. Melhor seria dizer que não são nem prescritíveis, nem

²³THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. vol. III, tomo II. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 347.

²⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. vol. III, tomo II. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 347.

²⁵LEONARDO, Rodrigo Xavier. **A prescrição no Código Civil Brasileiro (ou o jogo dos sete erros)**, p. 6.

imprescritíveis, pois não há relação entre a prescrição e o binômio do *poder formativo-sujeição*. Não existe pertinência lógica entre os conceitos, os quais são reciprocamente indiferentes.

Assim, prescrição e decadência são dois institutos que não se confundem, são dois fatos jurídicos distintos, com suportes fáticos diferentes e, principalmente, efeitos jurídicos diferentes. Não se gastará tempo explicando quais são os elementos do suporte fático da decadência, ou seus efeitos, pois isto não é pertinente ao objeto deste trabalho. O que importava explicar foi explicado, resultando-se a conclusão de que relações jurídicas que enfeixem o binômio *poder formativo-sujeição* não se submetem ao regime da prescrição, porque simplesmente não constituem elemento do suporte fático do fato jurídico da prescrição. Ressalta-se outra vez: não se trata duma hipótese de *imprescritibilidade*, mas sim duma absoluta incomunicabilidade entre os institutos, pois apenas uma pretensão ou uma ação em sentido material podem prescrever.

1.9. Prescritibilidade x Imprescritibilidade

Neste momento, já é possível lançar pela primeira vez o questionamento essencial que é o objeto desta monografia: a questão da prescritibilidade e da imprescritibilidade. Como já foi argumentado na introdução deste trabalho, o que se pretende problematizar é especificamente o tema da *prescritibilidade da pretensão reivindicatória*, todavia, antes de se fazer isto é necessário apresentar a questão da prescritibilidade e da imprescritibilidade em lindes mais genéricos. É o que se fará no presente tópico.

No tópico 1.7, na explicação acerca do suporte fático do fato jurídico da Prescrição, feita a partir da leitura do §665 do Tratado de Direito Privado de Pontes de Miranda, intencionalmente se omitiu um dos elementos essenciais do suporte fático. Quer-se afirmar agora que, além do transcurso de um lapso temporal determinado pela lei (1) e da inação do titular de uma pretensão (ou ação em sentido material) durante o referido lapso temporal (2), há um terceiro elemento, que é a *prescritibilidade* da pretensão ou ação (3). Conforme afirma Pontes de Miranda:

“A prescrição ocorre quando o seu suporte fático se compõe. No suporte fático da exceção, é preciso que estejam: a) a possibilidade da pretensão ou ação (não é necessário que exista a pretensão ou ação, razão por que o que não é devedor, mas é apontado como tal, pode alegar a prescrição,

exercer, portanto, o *ius exceptionis temporis*); b) a *prescritibilidade da pretensão ou ação*; c) o *tempus* (transcurso do prazo prescricional), sem interrupção, e vazio de exercício pelo titular da pretensão ou da ação.”²⁶ (PONTES DE MIRANDA, p. 111) (grifo nosso)

Chega-se à conclusão, portanto, que a *prescritibilidade da pretensão ou da ação* é elemento indispensável à composição do suporte fático da Prescrição. Nem poderia ser diferente, pois, por uma questão de obviedade semântica, a própria palavra *prescritibilidade* transmite justamente o significado de *possibilidade de prescrição*. Poder-se-ia afirmar, inclusive, que se está diante de uma tautologia, no entanto, é de se questionar sobre o porquê de tal tautologia, ou mesmo prolixidade, estar presente na doutrina do quilate e da qualidade da de um jurista como Pontes de Miranda.

De fato, é de se refletir que Pontes de Miranda, com todo o seu rigor técnico, dificilmente desperdiçaria tempo e palavras com redundâncias. Portanto, se ele incluiu em sua obra o elemento *prescritibilidade da pretensão ou da ação* como indispensável à composição do suporte fático da prescrição, há de se ressaltar que o referido elemento é indispensável e tem razão de ser especificamente citado. Sendo assim, seu estudo merece atenção.

Antes de tudo, é necessário destacar uma observação preliminar, que o próprio Pontes de Miranda faz logo que começa a tratar do tema da prescrição, no tópico §662 do Tratado de Direito Privado: *o instituto da prescrição é de direito positivo. Se havia e há fundamento para ele, ou se é necessário à vida depois de se chegar a certo grau de civilização, é outra questão.*²⁷ (PONTES DE MIRANDA, p. 100)

Isto significa que as regras sobre a prescrição devem estar rigorosamente expressas no direito positivo. Para Pontes de Miranda, portanto, é inconcebível a aplicação de outras fontes jurídicas para o assunto. Há de se ter norma clara sobre o tema, dentro da sistemática do ordenamento jurídico, a qual estabeleça expressamente os prazos prescricionais e que disserte a respeito das pretensões prescritíveis.

No ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na lei civil (parte geral do CCB), existe expresso regramento acerca da prescrição. Neste sentido, a norma

²⁶ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. VI, §665. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 111.

²⁷ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. VI, §662. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 100.

contida no artigo 205 do CCB é sintomática, dispondo que: *art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor*²⁸.

Conclui-se assim que a *prescritibilidade* é uma regra geral, abrangendo, em abstrato, todas as pretensões. Nesta linha de raciocínio, por exclusão, há de se concluir que, para que haja a *imprescritibilidade*, faz-se necessária uma norma específica que a preveja. Em síntese, a prescritibilidade é a regra, enquanto a imprescritibilidade é a exceção. É exatamente isto que Pontes de Miranda leciona:

*“A prescrição, em princípio, atinge a todas as pretensões e ações, quer se trate de direitos reais, privados ou públicos. A imprescritibilidade é excepcional. À prescrição submetem-se todas as pretensões, inclusive as que correspondem a direitos reais, ao direito de família e ao direito de sucessões.”*²⁹ (PONTES DE MIRANDA, p. 127) (grifo nosso)

Apenas como exemplo, é possível citar regras no ordenamento jurídico que estabelecem imprescritibilidades. Clara é a Constituição da República ao afirmar que as pretensões, a respeito das terras indígenas, são imprescritíveis (artigo 231, §4).

Nada obstante, e aqui já se lança uma problematização já bastante complexa e sofisticada, é fato que a doutrina e a jurisprudência, em interpretação sistemática do ordenamento jurídico – especialmente com fulcro constitucional – desenvolveram mais hipóteses de imprescritibilidades (além das legalmente discriminadas). Se isto parece, numa primeira análise, afrontar a doutrina de Pontes de Miranda – a qual exige que as regras sobre a prescrição sejam claras e específicas – o exame da casuística indica que, em muitos casos, os tribunais mostram ter razão em construir imprescritibilidades para além da lei.

Um exemplo que ilustra bem este quadro é o entendimento pacificado que o STJ possui acerca da imprescritibilidade das pretensões de reparação de danos causados em decorrência de perseguição política, tortura e violação de direitos fundamentais (mormente tendo-se em vista o período do Regime Militar brasileiro). Muito embora esta hipótese não esteja prevista formalmente em lei, é bastante claro que ela é uma norma ínsita ao ordenamento jurídico brasileiro (fundando do princípio da dignidade da pessoa), sendo uma inegável decorrência da interpretação sistemática do direito positivo. Basta vislumbrar que, caso o STJ tivesse

²⁸BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, 2002.

²⁹PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. VI, §667. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 127.

entendimento em contrário a este respeito, ficaria patente o desrespeito constitucional aos direitos fundamentais.

Neste sentido, citam-se como exemplos alguns julgados do STJ: *Acórdão nº 2006/0022923-1*; *Acórdão nº 2007/0135011-1*; *Acórdão nº 2007/0257873-9*. Para corroborar este entendimento, também se pode citar Humberto Theodoro Júnior, que afirma que:

Por pressupor a prescrição uma forma de abandono ou renúncia por parte do titular, *não se sujeitam à prescrição as pretensões decorrentes de direitos indisponíveis, sobre os quais o titular não pode praticar nenhum ato de disposição, transferência ou renúncia*, como se dá com direitos da personalidade, direito de estado e, em geral, com direitos derivados das relações de família.³⁰ (THEODORO JR., p. 166) (grifo nosso)

É necessário aqui fazer uma explicação mais pormenorizada. Já se explicou que o fato jurídico da Prescrição tem como suporte fático a inação, durante determinado lapso temporal, do titular de uma pretensão em efetivamente exercê-la. Isto, inegavelmente, nada tem a ver com a disponibilidade ou indisponibilidade do direito que fundamenta a pretensão, pois, afinal, a prescrição da pretensão em nada afeta a existência do direito. Em outras palavras: caso haja a prescrição duma pretensão relativa ao direito à vida ou ao direito de ver adimplida a prestação dum contrato, isto em nada afeta a existência dos direitos (continuam existindo tanto o direito à vida, como o direito ao adimplemento da prestação contratual). Abstratamente, poder-se-ia dizer, portanto, que pouco importa a disponibilidade ou indisponibilidade do direito que tem sua pretensão prescrita – afinal uma coisa é o direito, outra completamente diferente é a sua correspectiva pretensão – mas na prática, não se pode afirmar que isto seja absolutamente verdadeiro.

Como disse Theodoro Júnior, alguns direitos são indisponíveis, como por exemplo, o direito à vida, à liberdade e à integridade física. Não pode o titular renunciar a eles. Em muitos casos, as pretensões relativas a estes direitos – isto é, seu poder de exigibilidade – podem significar a própria pertinência prática dos direitos, suas razões de ser. Quer-se dizer que imaginar determinado direito indisponível constitucional fundamental sem a correspectiva pretensão pode equivaler a esvaziar por completo o próprio direito. Por exemplo, como imaginar o direito à liberdade sem que seu titular tenha a pretensão de pleitear, a qualquer

³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. vol. III, tomo II. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 166.

momento (= sempre), que seja posto em liberdade em caso de constrição irregular? Como que se pode admitir uma hipotética prescritibilidade desta pretensão? Pela leitura asséptica da teoria, poder-se-ia responder que, na inexistência de lei específica a respeito da imprescritibilidade da pretensão relativa ao direito de liberdade, esta seria prescritível, restando-se hipoteticamente possível se imaginar que alguém seja injustamente preso e tenha sua pretensão à liberdade prescrita pela inação durante determinado lapso temporal. A qualquer entendedor de bom senso, isto representa um franco absurdo.

Não se pretende abominar a teoria, muito pelo contrário, mas também não se pode negar que admitir prescritibilidades relativas a pretensões de direitos fundamentais é algo que pode deixar inócuo o próprio direito fundamental. Um estudioso atento poderia objetar, com razão, afirmando que a prescrição é um instituto que acaba por deixar inócuos todos os direitos relativos às pretensões cuja eficácia encobre, nada obstante, é inequívoco que, dentro do ordenamento constitucional brasileiro, atribuíram-se peso e valor maiores aos direitos fundamentais, os quais seguem regime jurídico diferenciado dos demais direitos.

Busca-se sustentar, portanto, que em relação aos direitos indisponíveis, dever-se-ia falar também que possuem as respectivas pretensões como indisponíveis. E, enquanto indisponíveis, logicamente tais pretensões seriam imprescritíveis, de acordo com um imperativo sistemático decorrente da interpretação do ordenamento jurídico como um todo. Não se nega que esta é uma construção complexa, antes deontológica que ontológica, porém que parece ser a mais acertada. Neste sentido já apontam tribunais, ainda que, muitas vezes, sem grandes fundamentos ou reflexões.

O próprio Humberto Theodoro Júnior acaba por se contradizer posteriormente em suas considerações acerca da prescrição, afirmando que:

“Submetem-se, contudo, aos efeitos da prescrição as pretensões que decorrem de direitos indisponíveis, como as de reclamar prestações alimentícias e as de exigir reparação pelo dano moral oriundo de ofensa ao direito da personalidade (embora sejam, em si, inalienáveis e imprescritíveis o direito de alimento e o direito à honra).”³¹ (THEODORO JR., p.167) (grifo nosso)

³¹THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. vol. III, tomo II. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 167.

Isto só corrobora a generalizada falta de coesão teórica a respeito do tema da *prescritibilidade*. Já adiantando aquilo que mais posteriormente se abrangerá neste trabalho, busca-se sustentar que não se deve restringir a interpretação sobre o que vem a ser o *direito positivo* a um mero *legalismo*. As possibilidades de interpretação do ordenamento jurídico – ainda mais num país onde a Constituição é tão prolífica – transcendem a capacidade de previsão do legislador. Desta forma, é factível, sim, afirmar que direitos fundamentais indisponíveis merecem ter pretensões imprescritíveis. Assim, os tribunais e os doutrinadores, ao pugnarem por mais hipóteses de imprescritibilidade do que aquelas ordinariamente previstas, podem estar verdadeiramente defendendo a ordem constitucional.

Para fechar este tópico – o qual, como já se afirmou, constitui o prelúdio do cerne desta monografia – apontam-se já algumas diretrizes e conclusões preliminares.

Primeiramente, explicou-se que a prescritibilidade (da pretensão) é elemento essencial para a composição do suporte fático da Prescrição. Isto não é mera tautologia, pois como já se viu, o ordenamento jurídico pode estabelecer que algumas pretensões são imprescritíveis – em atendimento à discricionariedade do legislador e, principalmente, a valores constitucionais.

Em segundo lugar, seguindo-se a doutrina de Pontes de Miranda, sustentou-se que as normas relativas à prescrição devem constar necessariamente no direito positivo. Nada obstante, não se deve confundir *direito positivo* com *lei*, pois o ordenamento jurídico é complexo e pode impor normas para além da capacidade de previsão do legislador. Isto faz com que surjam hipóteses de imprescritibilidade para além da existência de leis específicas – como ficou exemplificado em relação à imprescritibilidade de pretensões relativas a direitos fundamentais indisponíveis.

Agora, passar-se-á à análise da pretensão reivindicatória, para que no capítulo 3 deste trabalho seja possível fazer uma integração entre os conceitos levantados neste tópico com as idiosincrasias referentes a esta específica pretensão. Já se adianta que a construção teórica aqui iniciada será mais profundamente desenvolvida no capítulo 3, fazendo-se um adequado fechamento do tema.

CAPÍTULO 2. DA PRETENSÃO REIVINDICATÓRIA (DE SEQUELA)

2.1. Introdução Conceitual

Neste ponto do trabalho, já é possível adiantar que a pretensão reivindicatória é uma pretensão – ou seja, uma categoria eficaz – relativa ao direito de propriedade. Por tudo que foi argumentado no capítulo 1, correto seria afirmar que a *propriedade* é configurada como um fato jurídico, o qual tem seu suporte fático abstratamente previsto numa norma jurídica, a qual, pelo fenômeno da incidência, empiricamente faz com que o fato jurídico se concretize no mundo jurídico, ensejando a produção de efeitos jurídicos. Como já foi demonstrado, os efeitos jurídicos se classificam em duas grandes categorias: ou são situações jurídicas ou relações jurídicas. Como as relações jurídicas necessariamente dizem respeito a uma pluralidade de esferas jurídicas, notar-se-á que a eficácia do fato jurídico *propriedade* assume a forma, necessariamente, de relação jurídica. Fala-se assim em *Relação Jurídica de Propriedade*, a qual enfeixa múltiplas categorias eficazes (direito, pretensão, ação em sentido material, poderes formativos), dentre as quais se encontra a pretensão reivindicatória.

Definida esta breve introdução teórica, a primeira questão que surge diz respeito àquilo que vem a ser a *propriedade*. Ou melhor, quais são os elementos do suporte fático, os quais geram o fato jurídico que enseja a eficácia consubstanciada na *Relação Jurídica de Propriedade*? A questão é complexa e merece estudo pormenorizado.

2.2. A Polissemia do termo *Propriedade*: propriedade enquanto direito real pleno

A designação acerca do que vem a ser a *propriedade* é, indubitavelmente, um tema bastante complexo dentro do estudo do direito civil. A polissemia é evidente, causando inúmeras confusões, fato que obriga o estudioso a ter sempre que explicar claramente a qual dos sentidos da *propriedade* está a se referir. É o que se fará adiante.

Luciano Penteado sustenta em sua obra que, basicamente, existem seis acepções para a palavra *propriedade*. Afirma:

“Nas relações de analogia (acerca do termo “Propriedade”), participam da noção principal – do *primum analogatum* -, que é a de titularidade de direito (acepção 1), quatro outras noções, as quais se encontram, entre si, em analogia de proporcionalidade, quais sejam a de direito subjetivo patrimonial (acepção 2), todo e qualquer direito subjetivo real (acepção 3), o *direito real pleno* (acepção 4) e o direito incidente sobre criações ou expressões artísticas e científicas (= propriedade intelectual, acepção 5). [...] temos uma acepção equívoca, que é a verificada nas hipóteses em que a palavra propriedade designa a coisa objeto do direito real (acepção 6).”³² (PENTEADO, p.165) (grifo nosso)

Já antes de Luciano Penteado, a polissemia era destacada por Pontes de Miranda:

“Em sentido amplíssimo, propriedade é o domínio ou qualquer direito patrimonial [...] Em sentido amplo, propriedade é todo direito irradiado em virtude de ter incidido regra de direito das coisas [...] Em sentido estritíssimo, é só o domínio.”³³ (PONTES DE MIRANDA, p. 9)

Diante disto, deve-se elucidar que é dentro da acepção de *Propriedade* enquanto *domínio* ou, com melhor precisão técnica, enquanto *direito real pleno*, que está contida a pretensão reivindicatória (nos moldes em que aqui será estudada). Como mais adiante será explicado, a pretensão reivindicatória se enquadra naquilo que doutrina denomina como *direitos componentes do domínio*³⁴ (PENTEADO, p. 169 e 176), sendo uma categoria eficaz própria da Relação Jurídica de Propriedade enquanto direito real pleno.

Cabe, neste momento, explicar o que vem a ser o *direito real pleno*. Direitos reais, sinteticamente, são aqueles previstos em normas jurídicas, servindo para disciplinar as relações entre sujeitos de direito e as coisas – principalmente as coisas de natureza material. Os múltiplos suportes fáticos abstratos relativos aos direitos reais geralmente preveem estados de *senhorio*, de pertinência e vinculação fáticas entre um sujeito e uma determinada coisa, prevendo regimes jurídicos diversos acerca de cada relação. Desta forma, a eficácia jurídica varia a depender do *direito real* que se está estudando, sendo diversas as categorias eficaciais e as Relações Jurídicas Reais. Neste contexto, o *direito real pleno* é esboçado como aquele que prevê a eficácia jurídica mais completa para o sujeito de direito que o

³²PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2012. p. 165

³³PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. XI, §1.161. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 9.

³⁴PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2012. p. 169 e 176.

titulariza, enunciando um rol de categorias eficaciais bastante característico, amplo e paradigmático. Os demais direitos reais – chamados de limitados – são espécies de derivações parcelares do direito real pleno, contudo, obviamente possuem, cada qual, seus suportes fáticos específicos. Não é objetivo deste trabalho explicar em pormenores a estrutura destes direitos, o foco, como já se disse, restringe-se ao *direito real pleno*.

2.3. Suportes Fáticos e Estrutura da Relação Jurídica de Propriedade enquanto Direito Real Pleno

Já se sabe que toda eficácia jurídica necessariamente advém de um fato jurídico e que todo fato jurídico possui suporte fático abstrato, previsto em norma jurídica, a qual, pelo fenômeno da incidência, cria o fato jurídico em concreto. Em relação à Relação Jurídica de Propriedade enquanto Direito Real Pleno, dá-se o mesmo, se ela é eficácia jurídica – como o é – necessariamente deve existir uma norma jurídica que preveja um suporte fático para si.

Factualmente, a Relação Jurídica de Propriedade enquanto Direito Real Pleno é originada a partir de diversos suportes fáticos, oriundos de múltiplas normas jurídicas, as quais estão contidas em dois tópicos bastante tautológicos do Código Civil Brasileiro: os capítulos II e III do Livro do Direito das Coisas, respectivamente: *Da Aquisição da Propriedade Imóvel e Da Aquisição da Propriedade Móvel*.

São múltiplas as hipóteses fáticas, ou seja, são múltiplos os fatos que desencadeiam a eficácia jurídica já referida, bastando ser feita a leitura dos artigos 1.238 a 1.274 do CCB.

Definido isto, é necessário explicar como é a estrutura da Relação Jurídica de Direito Real Pleno.

Marcos Bernardes de Mello leciona:

“A relação jurídica real se caracteriza por ter por objeto um bem, corpóreo ou imaterial, sobre que recaem, plenamente ou dentro de certos limites, com eficácia erga omnes, os direitos, pretensões e ações que constituem seu conteúdo eficaz, cujo exercício pelo titular não depende de terceiro.”³⁵
(MELLO, p.199)

³⁵MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia, 1ª Parte**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 199.

Pela análise deste conceito, observa-se que todas as categorias eficaciais, ínsitas a quaisquer relações jurídicas reais, recaem sobre coisas (bens), gravando-os indelevelmente. A depender da relação jurídica real, esta marca, ou *gravame* *pode dizer respeito a todos os poderes ou faculdades que constituam o conteúdo dos direitos possíveis sobre o bem, o que ocorre na relação jurídica de propriedade plena, como limitar-se apenas ou algum ou alguns.*³⁶ (MELLO, p.200).

Conclui-se assim que o objeto de todas as relações jurídicas reais é necessariamente um bem (coisa material ou imaterial). E é sobre este bem que recaem as mais diversas categorias eficaciais (pretensões, ações, poderes formativos). Desta forma, o bem fica, em abstrato, peremptoriamente gravado, contudo, a depender da amplitude de cada relação jurídica real, este *gravame* pode ter maior ou menor abrangência. Numa Relação Jurídica de Direito Real Pleno, o referido *gravame* abrange todas as categorias eficaciais possíveis, fazendo com que todas gravem o bem.

É justamente isto que afirma Marcos Bernardes de Mello:

“A propriedade é o mais amplo dos direitos reais. *Em sua plenitude contém os direitos de usar, fruir e dispor da coisa, bem como o de reivindicá-la de quem, injustamente, a detenha.* Esses direitos são independentes entre si e se alicerçam no direito à substância da propriedade.”³⁷ (MELLO, p.200) (grifo nosso)

Conclui-se assim que, contrariamente à Relação Jurídica de Direito Real Pleno, as relações jurídicas de direitos reais limitados não possuem, integralmente, aquilo que Mello e Pontes de Miranda denominaram como a *substância*³⁸ da Propriedade (PONTES DE MIRANDA, p.32). O usufrutuário ou o titular do direito de uso sofrem limitações eficaciais – se comparados seus respectivos regimes jurídicos com o da propriedade plena. Por isto que se fala que os direitos reais limitados são figuras parcelares do direito real pleno, ou domínio.

Assim, aquilo que a doutrina denomina de *direitos componentes do domínio*³⁹ (PENTEADO, p.169) nada mais é que a substância da propriedade, isto é, todas as

³⁶MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia, 1ª Parte.** 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 200.

³⁷MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia, 1ª Parte.** 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 200.

³⁸PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado.** t. V. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 32.

³⁹PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas.** 2ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2012. p. 169.

categorias eficaciais que gravam o bem objeto da relação jurídica real, em sua plenitude. É, portanto, esta a estrutura da Relação Jurídica de Direito Real Pleno: sobre o bem há, simultaneamente, *a faculdade de usar, o poder de fruir, o poder de dispor e a pretensão reivindicatória*⁴⁰ (PENTEADO, p.169). Frise-se que a relação jurídica real tem caráter absoluto (= oponibilidade *erga omnes*), ou seja, impõe o dever geral de abstenção de violação. Isto significa que todos os demais sujeitos de direito têm o dever de respeitar a propriedade do sujeito que a titularize, ou seja, o sujeito proprietário tem direito a que os demais sujeitos não violem o conteúdo da relação jurídica de propriedade.

Marcos Bernardes de Mello ainda ensina que o efetivo exercício das categorias eficaciais da relação jurídica de propriedade não exige cooperação de terceiros. Afirma:

“Enquanto a realização do direito pessoal pressupõe, em caráter essencial, ato ou omissão do devedor no sentido de adimplir sua obrigação, o titular do direito real o exerce por suas próprias forças, diretamente sobre a coisa, sem que dependa da atuação de alguém (terceiro) em cumprimento de uma prestação, positiva ou negativa, necessária ao exercício do direito.”⁴¹ (MELLO, p.204)

Nota-se que não há dependência alguma de outrem no exercício do direito real. Terceiros são irrelevantes, pois o direito é exercitado independentemente deles. Isto significa que, se a relação jurídica de propriedade é multilateral – no sentido de que ela opõe o proprietário a todos os demais sujeitos de direito (oponibilidade *erga omnes*), ela, ao mesmo tempo, não faz com que o proprietário dependa dos demais sujeitos para exercitar as múltiplas categorias eficaciais que titulariza. Isto é apenas aparentemente paradoxal, pois se a propriedade é externamente plurirreferenciada, internamente, seu exercício é pertinente apenas ao proprietário.

Sumariamente, é esta a estrutura da Relação Jurídica de Direito Real Pleno. O sujeito proprietário detém todas as categorias eficaciais enquadradas enquanto *direitos componentes do domínio* e elencadas no artigo 1.228 do CCB, as quais recaem sobre o bem que é objeto da relação e cujo exercício independe de cooperação alheia. A oponibilidade destas categorias eficaciais ocorre em relação a todos, diz-se, portanto, que possui caráter *erga omnes*.

⁴⁰PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2012. p. 169.

⁴¹MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia, 1ª Parte**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 204.

2.4. Precisão Terminológica: direito real pleno ou domínio

Na definição do conteúdo das relações jurídicas reais, foi notável o uso indistinto e até confuso dos termos *direito real pleno* e *domínio*. De fato, acabou-se por adotar a sinonímia entre os termos, mas é necessário salientar que a origem das palavras é distinta e há, sim, sutil diferença na carga semântica dos dois termos.

Como bem aponta Penteado (p.167): *a distinção (entre os termos “domínio” e “propriedade”) é de matiz, antes que de essência, quando se toma a palavra propriedade no sentido de direito real pleno (CC 1.225, I)*⁴².

Continua o referido autor:

“Domínio é o estado ou situação de quem tem senhorio. [...] Embora o direito real pleno possa designar o domínio, só serão sinônimos nas hipóteses em que ela (a propriedade) estiver com todas as faculdades reunidas na esfera jurídica do titular. Neste caso, o direito é o domínio ou propriedade. [...] o termo domínio tem caráter mais estático, enquanto a propriedade tem um sentido mais dinâmico. Normalmente, quando se quer tratar do exercício do direito e de sua funcionalidade, portanto, utiliza-se o termo “propriedade”, enquanto, quando se for tratar do conteúdo da titularidade que se tem, utiliza-se a expressão “domínio”.⁴³ (PENTEADO, p.168)

Percebe-se, portanto, que a sinonímia é admissível, sendo o domínio a propriedade na acepção de *direito real pleno*. Não há confusão terminológica palpável ou atecnicismo no uso indistinto dos termos. O que se quer apenas é deixar isto bastante claro, como faz o próprio Luciano Penteado em sua obra.

2.5. Os Direitos (ou Elementos) Componentes do Domínio

2.5.1. Posicionamento de Pontes de Miranda

Como já foi exposto, são quatro as categorias eficaciais autonomamente existentes no regime jurídico do domínio (ou direito real pleno). São elas: a faculdade de usar, o poder de fruir, o poder de dispor e a pretensão reivindicatória. É

⁴²PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2012. p. 167.

⁴³PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2012. p. 168.

isto que afirma Luciano Penteado em sua obra sobre o Direito das Coisas⁴⁴ (PENTEADO, p.169-178). Nada obstante, Pontes de Miranda constrói posicionamento também muito sólido, mas teoricamente diferente ao afirmar que:

“6. ELEMENTOS DO DOMÍNIO. – São elementos componentes do domínio: a) o *direito* de ter e possuir a coisa (tença e direito de posse), sendo pertinente a distinção entre a pretensão à posse, que tem o proprietário, *ius possidendi*, e a pretensão à posse em si, o *ius possessiones* do possuidor; b) o *direito* de usar a coisa, *ius utendi*, que é, por exemplo, o de quem mora na própria casa; c) o *direito* de fruir a coisa, *ius fruendi*, que dá as pretensões aos frutos, rendimentos e produtos; d) o *direito* de dispor da coisa, *ius abutendi* [...]; e) o *direito* à substância do direito de domínio, à nudas proprietas [...]. *A êsses direitos correspondem pretensões diferentes. Delas nascem ações*, se houve infrações por outrem, tais como: a de reivindicação; a de indenização; as de ordem penal; as de posse.”⁴⁵ (PONTES DE MIRANDA, p. 32) (grifos nossos)

A explicação de Pontes de Miranda, diferentemente da de Penteado – a qual enquadra alguns dos elementos do domínio diretamente como poderes formativos (fruir e dispor) – define todos os elementos do domínio como sendo *direitos*, os quais podem ensejar o aparecimento de outras categorias eficaciais decorrentes, no caso, como o próprio autor afirma: pretensões e ações em sentido material. Do direito do proprietário à posse, pode advir a pretensão à posse e, potencialmente, a ação em sentido material pela posse. Conforme já foi apresentado, a pretensão é poder de exigibilidade do direito e a ação em sentido material seu grau de impositividade. No caso do direito à posse, a pretensão surge juntamente com o surgimento da exigibilidade do direito, ou seja, logicamente quando a posse do proprietário é turbada ou retirada, surgindo também, teoricamente, a ação em sentido material. Fala-se assim no surgimento da pretensão reivindicatória (do proprietário que perdeu a posse), como algo decorrente do direito à posse que se torna empiricamente exigível, surgindo também a ação – em sentido material – reivindicatória, baseada na referida ofensa a este elemento do domínio.

Nota-se, portanto, que para Pontes de Miranda a pretensão reivindicatória só nasce como uma categoria eficaz decorrente do direito do proprietário à posse (*ius possidendi*). Dentro da teoria (eminentemente ponteana) que foi apresentada até agora neste trabalho, fica patente a correção lógica deste raciocínio.

⁴⁴PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2012. p. 169-178.

⁴⁵PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. XI, §1.167. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 32.

Da mesma forma, os demais elementos componentes do domínio (direitos de usar, fruir e dispor), para Pontes de Miranda também podem, abstratamente, ensejar o surgimento de pretensões e ações, afinal são teoricamente enquadrados como *direitos*. Luciano Penteado, contudo, ao definir os elementos *fruir* e *dispor* diretamente como poderes formativos, evidencia posicionamento teórico diferente do de Pontes de Miranda, pois acaba, ao menos, por omitir a possibilidade de estes dois elementos serem direitos (de assumirem a forma da categoria eficaz de *direito*), dos quais podem advir eventuais pretensões e ações.

2.5.2. Posicionamento de Luciano Penteado

Como se afirmou, diferentemente de Pontes de Miranda, Luciano Penteado define os elementos do domínio como: a faculdade de usar, o poder de gozar, o poder de dispor e a pretensão de sequela. Enquanto o primeiro jurista afirma que todos os elementos são *direitos*, podendo em momentos posteriores ensejar outras categorias eficaciais (pretensões, ações etc.), Penteado (p. 170-175) já avança afirmando que usar é uma *faculdade*⁴⁶, que gozar é um *poder formativo gerador*⁴⁷ e que dispor é um *poder formativo modificativo*⁴⁸.

Apesar desta diferença apontada, é notável que ambos os autores antes se aproximam que se diferenciam. Penteado, na escrita de sua obra, acaba deixando isto bastante claro, ao afirmar que:

“À vista de questionamento a respeito da possibilidade de exercício do *direito de usar*, o titular da propriedade pode ajuizar demanda visando colocar fora de questão a titularidade da situação jurídica correspondente.”⁴⁹
(PENTEADO, p.171) (grifo nosso)

Percebe-se que, ao mesmo tempo em que afirma que o proprietário detém a *faculdade* de usar, Penteado acaba afirmando, alguns parágrafos depois, o *direito de usar* e a possibilidade de ajuizamento de ação como decorrência deste direito.

⁴⁶PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2012. p. 170.

⁴⁷PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2012. p. 173.

⁴⁸PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2012. p. 175.

⁴⁹PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2012. p. 171.

Isto nada mais é que uma confirmação direta do raciocínio de Pontes de Miranda, o qual postula exatamente o mesmo.

Também ao tratar a respeito da pretensão reivindicatória, Penteado retoma literalmente o pensamento ponteano, ao afirmar que:

“Assegura-se e reconhece-se ao proprietário, igualmente, *um direito que se torna exigível* quando o exercício dos poderes do domínio se dificulta pela posse ou detenção injustas. [...] Trata-se de uma *pretensão* [...] que fundamenta, por exemplo, a *ação* cautelar nominada de busca e apreensão de coisas.”⁵⁰ (PENTEADO, p.177) (grifo nosso)

Novamente, fala de um direito que projeta uma pretensão e ações (em sentido material e, conseqüentemente, em sentido processual), mostrando-se fiel à lógica ponteana.

É no que tange aos elementos gozar e dispor que Penteado acaba por inovar em suas considerações teóricas. Define-os enquanto poderes formativos:

“Poderes formativos são aqueles cujo exercício implica a geração, extinção ou modificação de uma situação jurídica subjetiva. Conforme o específico efeito a que se dirijam, denominam-se de poderes formativos geradores, extintivos ou modificativos.”⁵¹ (PENTEADO, p.175)

Já que são poderes formativos, são categoria eficaz distinta da de *direito*, *pretensão* e *ação*. O binômio eficaz é, portanto, diferente, pois em relação a um poder formativo, corresponde necessariamente uma situação de sujeição⁵² (LEONARDO, p.6). Neste sentido, é sustentável, logicamente, afirmar que, ante um poder formativo, não se pode falar em violação, pois eventuais sujeitos passivos ficam diante do mero estado de sujeição, isto é, nada podem fazer para obstar o exercício da posição jurídica ativa.

Inegavelmente, a posição de Penteado (p.173) é bem fundamentada. Ao definir, por exemplo, que *gozar consiste na possibilidade de que é dotado o proprietário de impulsionar a atividade de percepção de frutos com a correlata aquisição do domínio sobre os mesmos*⁵³, fica patente o caráter de poder formativo,

⁵⁰PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2012. p. 177.

⁵¹PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2012. p. 175.

⁵²LEONARDO, Rodrigo Xavier. **A prescrição no Código Civil Brasileiro (ou o jogo dos sete erros)**, p. 6.

⁵³PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2012. p. 173.

pois impõe-se a todos a sujeição correspectiva. Poder-se-ia objetar que podem existir pretensões, por exemplo, advindas sobre os frutos oriundos de um bem que é objeto do direito de propriedade. O proprietário teria a pretensão, hipoteticamente, ao recebimento do aluguel (fruto civil). De fato, podem existir pretensões, mas apenas após o percebimento do fruto. O pagamento do aluguel é uma decorrência de um negócio jurídico, o qual só pôde ser formado por um proprietário que tem o poder de gozar. Ou seja, o poder de gozar, neste exemplo, referencia-se ao poder de formar um contrato de aluguel, percebendo-se aí o fruto, do qual decorrerá o recebimento de prestações pecuniárias. Somente num momento posterior se poderá falar em violação do contrato de aluguel (e não do poder de gozar), acarretando pretensões e ações.

Do poder formativo não podem advir pretensões e ações, por absoluta falta de sentido em se afirmar isto. É uma categoria eficaz de caráter abstratamente inviolável.

Quanto ao poder de dispor, também assume o caráter de poder formativo, pois implica sujeição a todos os demais sujeitos de direito. Se o proprietário decide alienar seu bem, ficam os demais sujeitos de direito sujeitos a esta decisão (abstratamente, nada podem fazer).

Pode-se assim concluir pela pertinência das observações de Penteado, enquanto complementares à teoria ponteana. Pontes de Miranda delimita toda a estrutura do fato jurídico, enquadrando a *propriedade* dentro desta estrutura. Cria, enfim, todo o universo teórico para o entendimento do Direito, possibilitando o seu estudo. Nada obstante, pontualmente a respeito dos elementos componentes do domínio, é claro o acerto teórico de Luciano Penteado, o qual faz observações pertinentes sobre o conteúdo da propriedade. Concorde-se, portanto, com Penteado, mas dentro da teoria maior de Pontes de Miranda.

2.5.3. O Direito de Usar

Definidos os dois posicionamentos considerados elementares acerca do caráter jurídico dos elementos componentes do domínio, cabe agora explicar, ainda que sucintamente, o que são e o que dispõem cada um dos quatro elementos. Por ordem de importância, deixar-se-á o *Direito de Possuir* por último, pois é ele que

propriamente interessa a este trabalho. Quanto aos demais três elementos, serão feitas explicações breves. Começa-se com o *Direito de Usar*.

É difícil explicar o direito ao uso sem cair em tautologia, afinal o próprio termo é autoexplicativo. Usar nada mais é que aproveitar, extrair do bem a utilidade pertinente à sua própria natureza. Por exemplo, quem é proprietário de um automóvel, utiliza-o para seu transporte pessoal, para exibir-se ou para promover serviço de transporte de terceiros. Estes são usos próprios relativos ao bem *automóvel*. Há esfera de liberdade do proprietário em usar seu bem como bem lhe aprouver, desde que respeitados limites jurídicos indispensáveis (ex: Função Social, abuso de direito) e o próprio limite concernente às esferas jurídicas alheias.

Aduz Penteado:

“Usar é uma posição jurídica que confere ao titular um espaço de liberdade, na exata medida em que exclui os demais membros da coletividade da possibilidade de interferência no modo em que se dará o uso, caso ele não seja ilícito ou abusivo. Evidentemente, esta esfera de independência é tutelada através de uma garantia que é a *ação*, fundada no descumprimento do dever geral de abstenção [...]”⁵⁴ (PENTEADO, p.171) (grifo nosso)

Nota-se assim que o Direito de Usar, em consonância com a lógica ponteana, pode ensejar o surgimento de pretensões e ações. Pode haver o seu desrespeito por parte de terceiros, ensejando o seu poder de exigibilidade (pretensão) e a sua impositividade (ação). O uso, desta forma, é violável e recebe tutela.

Em suma, no uso consubstancia-se o próprio sentido de se ter propriedade sobre algo, é a função precípua da propriedade que, no caso, é propiciar ao dono o aproveitamento elementar do bem. Propriedade sem o uso – embora possível, dada a possibilidade de fragmentação do direito real pleno em figuras parcelares: os direitos reais limitados – é uma propriedade esvaziada, sem grande sentido prático.

2.5.4. O Poder de Gozar

Como dito, Pontes de Miranda entende gozar como um direito, enquanto Luciano Penteado afirma que é um poder formativo gerador. Aduz este último:

⁵⁴ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2012. p. 171.

“A posição ativa designada como gozar é um poder formativo gerador. Isto porque, no processo de percepção do fruto, o proprietário individualiza o bem, que estava em relação de dependência com a coisa frugífera. [...] Cria, então, novo direito em seu patrimônio e, para toda a coletividade, ou especificamente para alguns, como os vizinhos, uma nova posição passiva [...]”⁵⁵ (PENTEADO, p.173)

Por aquilo que já foi apresentado de teoria do direito, *poder formativo* é uma categoria eficaz que, dentro das relações jurídicas, enseja o surgimento de outra categoria eficaz reflexa e correspectiva, no caso, a da *sujeição*. Isto significa que todos os sujeitos passivos na Relação Jurídica de Propriedade enquanto Direito Real Pleno são obrigados a se sujeitarem ao poder formativo de gozar do respectivo sujeito ativo, ou seja, não podem fazer nada para criar óbice.

Neste sentido, o poder de gozar não enseja pretensões ou ações, pois é inviolável. Já após o surgimento dos frutos, estabelecem-se novas relações jurídicas de propriedade enquanto direito real pleno sobre cada um deles. Ou seja, para cada fruto surgido são configurados os quatro elementos do domínio (usar, gozar, dispor e reaver), podendo, aí sim, surgir determinadas pretensões e ações correspectivas a cada uma das relações jurídicas recém-criadas. Dá-se um exemplo: se alguém possui um terreno dentro do qual haja um pé de maçãs, este sujeito proprietário do terreno tem poder formativo sobre o surgimento das maçãs. Nada obstante, após o surgimento de cada maçã, este sujeito passa a ter domínio sobre cada uma delas. Caso alguém lhe retire a posse de uma maçã, o sujeito tem pretensão e ação decorrentes da violação do direito à posse (*ius possidendi*) sobre a maçã, a qual se originou como fruto do terreno onde está plantado o pé de maçãs.

O raciocínio é simples, porém bastante ilustrativo. Uma coisa é o poder formativo de gozar, outra, com regime e natureza bem diferentes, são os frutos originados.

Em suma, gozar (ou fruir) é a possibilidade de perceber frutos oriundos de uma determinada coisa, dita frugífera. Frutos estes que são apropriados automaticamente pelo proprietário da coisa frugífera.

2.5.5. O Poder de Dispor

⁵⁵ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2012. p. 173.

Disponer implica transferir a titularidade do direito de propriedade para outrem. É algo que se faz mediante alienação, no caso, o proprietário, por exemplo, vende, doa, permuta a titularidade sobre o bem, deixando de ser proprietário e passando a posição de sujeito ativo da relação jurídica proprietária para outro sujeito de direito.

Como os demais elementos componentes do domínio, é passível de ser destacado da relação jurídica, ensejando uma limitação eficaz a esta. Um exemplo corriqueiro é o contrato de alienação fiduciária em garantia, no qual o proprietário devedor perde parcela do poder de dispor para o credor, o qual poderá vender o bem dado em garantia no caso de inadimplemento contratual. Aparentemente isto é algo que choca, pois um não-proprietário estaria vendendo (dispondo) um bem alheio, mas é algo permitido no ordenamento jurídico brasileiro.

Como já dito, *dispor* é um poder formativo, ensejando a correspondente sujeição alheia (caráter potestativo), de cunho modificativo, pois visa a alterar uma eficácia jurídica – no caso, a titularidade sobre o direito real. Salvo em casos da propriedade tolhida do regime pleno, o proprietário poderá dispor de seu bem sem óbices, conquanto respeite, obviamente, as limitações jurídicas inerentes ao ordenamento (função social, abuso de direito etc.).

2.5.6. O Direito de Possuir

Este elemento talvez seja o mais elementar e óbvio de todos os elementos do domínio, afinal só há pertinência lógica em ser proprietário em havendo a posse daquilo que sobre o que se tem propriedade. É, também, o elemento que mais importa a este trabalho, pois dele advêm a pretensão e a ação reivindicatórias.

Leciona Pontes de Miranda (p.17) que *o dono da coisa tem o ius possidendi, isto é, o direito a ter consigo a coisa [...]*⁵⁶.

No mesmo sentido doutrina Luciano Pentecoste:

“A presença da coisa nas proximidades da esfera de atuação do seu titular, seja ela física ou cultural, é necessidade inadiável para que o proprietário exerça satisfatoriamente os direitos componentes do domínio (usar, gozar e dispor). Esta é a regra. Para que possa se efetivar, assegura-se e reconhece-se a ao proprietário, igualmente um *direito* que se torna exigível

⁵⁶PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. XIV, §1.571. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 17.

quando o exercício dos poderes do domínio se dificulta pela posse ou detenção injustas.”⁵⁷ (PENTEADO, p.177) (grifo nosso)

Possuir, portanto, é o direito mais básico que detém o sujeito ativo numa relação jurídica de propriedade. Dentro do feixe de posições jurídicas ativas existentes na referida relação jurídica – seguindo-se a doutrina ponteana – este *direito de possuir*, latente e perene, pode ensejar a pretensão pela posse, a ação em sentido material pela posse e, conseqüentemente, demandas processuais pela posse. Como bem afirmou Penteado, a exigibilidade do direito de possuir se verifica quando terceiros obtêm a posse ou a detenção da coisa injustamente. Ocorrendo isto, portanto, surgem novas categorias eficaciais na relação jurídica: a pretensão e a ação.

A esta pretensão, dá-se o nome de reivindicatória. A ação correspondente é homônima.

2.6. Pretensão Reivindicatória

É o poder de exigibilidade do proprietário à posse. Sua existência é condicionada ao direito do proprietário à posse (enquanto elemento componente do domínio, ou seja, enquanto *ius possidendi*). Torna-se pertinente esta pretensão nas hipóteses em que o proprietário tem a posse tomada ou atingida de tal forma que seja alterada *injustamente* por outrem.

Como necessidade fundamental teórica e lógica, cabal é questionar o que é este *injustamente*.

Pontes de Miranda afirma a este respeito:

“Quem tem direito de posse, mediata ou imediata [...] – é titular de direito, temporário ou não, *que algo retirou ao direito do proprietário*; [...] O demandante (proprietário), que tem contra si o direito de posse de outrem, não tem contra o titular desse, na extensão em que o direito existe, qualquer pretensão reivindicatória.”⁵⁸ (PONTES DE MIRANDA, p. 38-39) (grifo nosso)

Quer-se dizer que é possível que um terceiro tenha legítima posse sobre coisa alheia, não havendo, nesta hipótese, pretensão à posse por parte do

⁵⁷ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2012. p. 177.

⁵⁸ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. XIV, §1.576. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 38-39.

proprietário. O usufrutuário, usuário ou o locatário são claros exemplos de possuidores legitimados. Deve-se entender que, na constituição de um usufruto, ou de um contrato de aluguel, o proprietário cedeu parcela de seu âmbito eficaz na relação jurídica a outrem (limitando-se voluntariamente), o que consubstancia redução do todo dos seus poderes dominiais. Como bem aponta Pontes de Miranda, o direito do possuidor legítimo *algo retirou ao direito do proprietário*, impondo uma restrição eficaz.

Deve-se frisar que é justamente esta a regra do Código Civil Brasileiro:

“Art.1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que *injustamente* a possua ou detenha.”⁵⁹ (grifo nosso)

A questão delicada, não obstante, ainda não foi respondida, afinal é complexo aferir aquilo que vem a ser a posse *injusta*. Entende-se perfeitamente, a partir dos exemplos dados (usufrutuário, usuário e locatário), que nas hipóteses em que o proprietário, voluntariamente ou por imposição legal, despe-se de parcela de seu âmbito eficaz, confere ao possuidor beneficiado uma posse *justa* e conforme o Direito (opor-se a isto equivaleria a cair-se no absurdo).

Nada obstante, fato é que se deve atentar ao próprio Código Civil, que possui regras pertinentes acerca da “justiça” da posse:

“art. 1.200. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.

art.1.208. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam *sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.*”⁶⁰(grifo nosso)

Orlando Gomes é um autor clássico que faz uma sucinta, porém útil reflexão sobre este tema. Baseado na obra de Lafayette Rodrigues Pereira, afirma que a “justiça” da posse depende de sua forma de aquisição, sendo justa a posse adquirida por qualquer modo previsto na lei. Por oposição, injusta seria a posse adquirida por modo proibido pela lei, no caso, posse eivada dos vícios da clandestinidade, violência ou precariedade. Ressalta o autor que, para ser justa,

⁵⁹BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, 2002.

⁶⁰BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, 2002.

além de ter tido a aquisição realizada conforme o Direito, a posse deve ter seu exercício como sendo público e contínuo, afinal é essencialmente pela publicidade que se permite o reconhecimento da coletividade ao status de possuidor de alguém, oportunizando-se, abstratamente, que um terceiro se oponha a esta posse e venha a exercer uma hipotética reclamação dela⁶¹ (GOMES, p.53-54).

Quanto à questão da injustiça, Gomes (p.54-55) explica cada um dos vícios sobre a aquisição da posse. Segundo ele, violenta é posse adquirida pela força ou ameaça. Clandestina é a posse adquirida às ocultas, isto é, sem publicidade. Já a precária é a posse adquirida por abuso de confiança.⁶² Com base nisto, seria factível afirmar que, não sendo marcada pelos três vícios em sua aquisição e, tendo seu exercício público e contínuo, a posse seria logicamente justa.

Com isto, intertextualizando-se as obras de Pontes de Miranda e de Orlando Gomes, junto, obviamente, com a leitura da própria lei civil, é possível concluir que a pretensão reivindicatória só pode ser exercida pelo proprietário que não tenha contra si alguém que exerça posse justa (nos lindes já apresentados) sobre sua coisa. Se a aquisição da posse por um terceiro houver sido obtida conforme o Direito, este direito de posse merece proteção, obstando o *ius reivindicandi*.

Esclarece-se ao leitor, neste momento, que não é objetivo deste trabalho aprofundar o estudo do instituto da *Posse*, afinal este é um tema intrincado e complexo, o qual implicaria necessidade de pesquisa específica e grande. Apenas se abordou reflexamente a posse dentro do contexto da pretensão reivindicatória, que é o tema que interessa a esta monografia. Não se prosseguirá fazendo o estudo acerca da boa-fé no exercício da posse, pois não há sequer espaço para tanto nesta obra. Remete-se o leitor às já referidas obras de Pontes de Miranda⁶³ (p.120-136) e de Orlando Gomes⁶⁴ (p.52-59), as quais serviram de base elementar ao presente estudo.

Entendendo-se isto, pouco óbice resta à compreensão da pretensão reivindicatória. Ela é uma figura jurídica bastante lógica dentro da tradição jurídica brasileira e europeia, as quais sempre concederam enorme proteção ao direito de propriedade. Serve a proteger o proprietário que perdeu a posse da coisa para um

⁶¹GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 53-54.

⁶²GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 54-55.

⁶³PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. X, §1.077. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 120-136.

⁶⁴GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 52-59.

possuidor, o qual, por sua vez, adquiriu a posse injustamente, sem ter direito a ela. Claro que, na realidade fática e casuística do cotidiano, as querelas processuais reivindicatórias (e possessórias, em geral) ensejam enormes discussões acerca da justiça da posse dos réus, permeando-se questões como o acesso à posse e à propriedade, eventuais direitos constitucionais à terra e à sua ocupação, entre outros temas de complexidade altíssima. Neste contexto, as leituras feitas por Pontes de Miranda, Lafayette Rodrigues Pereira, Orlando Gomes e outros autores clássicos podem parecer até um preciosismo teórico anacrônico, o que, todavia, não se considera verdadeiro, pois estes autores fazem parte da base do pensamento teórico do direito civil nacional.

Definido isto, é possível passar ao terceiro capítulo desta obra. Já que já se encontram definidos os institutos da *prescrição* e da *pretensão reivindicatória*, cabe agora relacioná-los.

CAPÍTULO 3. PRESCRITIBILIDADE X IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO REIVINDICATÓRIA

3.1. Breve Introdução

Neste último capítulo, analisar-se-á se a Pretensão Reivindicatória deve ser considerada prescritível ou imprescritível, apresentando-se o posicionamento de diversos autores a este respeito. Por razões organizacionais, far-se-á uma abordagem seguindo a subsequente ordem: primeiramente, encarar-se-á o tema na perspectiva da teoria do direito privado, num segundo momento, serão lançados outros raciocínios para a resolução do embate, de cunho interdisciplinar.

3.2. Prescritibilidade x Imprescritibilidade na Teoria do Direito Privado

3.2.1. Posicionamentos Favoráveis à Imprescritibilidade

São vários os autores que, com base nas mais variadas teorias e fundamentações, consideram imprescritíveis a pretensão reivindicatória. Exemplificativamente, é possível citar Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, Manuel Domingues de Andrade, Sílvio Venosa, Carlos Roberto Gonçalves, Cláudia Seixas Silvany e Humberto Theodoro Jr.

Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira e Manuel Domingues de Andrade constroem suas formulações teóricas acerca da prescrição considerando como o seu objeto o próprio direito. Afirmam categoricamente, portanto, que é o direito que prescreve, e não a pretensão.

Segundo Gomes (p.508): *a prescrição é o modo pelo qual um direito se extingue em virtude da inércia, durante certo lapso de tempo, do seu titular [...]*⁶⁵. Pereira (p.588) afirma que *a prescritibilidade alcança todos os direitos subjetivos patrimoniais de caráter privado*.⁶⁶ Por fim, assevera Andrade (p.446): *a doutrina*

⁶⁵GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 508.

⁶⁶PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, Volume I: Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil**. 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 588.

*dominante sustenta que a prescrição é aplicável, em princípio, a quaisquer direitos subjectivos [...]”*⁶⁷.

Nesta toada, estes três autores prosseguem seus raciocínios de maneira parecida, asseverando que são imprescritíveis, grosso modo, os direitos relativos à personalidade, os direitos sem pretensão e, também o direito de propriedade.

Aduzem:

“Não se perdem por prescrição: 1) os direitos que pertencem ao sujeito independentemente da sua vontade; 2) os direitos cuja falta de exercício não possa ser atribuída à inércia do titular; 3) os direitos sem pretensão. O direito de propriedade é insuscetível de perda pela prescrição; a ação de reivindicação é imprescritível.”⁶⁸ (GOMES, p.510)

“Os direitos à vida, à honra, à liberdade, à integridade física ou moral não se sujeitam a qualquer prescrição, em razão de sua própria natureza. [...] *Imprescritível é o direito de propriedade, exerça-o ou não o dono, por qualquer tempo que seja.*”⁶⁹ (PEREIRA, p. 588) (grifo nosso)

“1) Não prescrevem os direitos respeitantes ao estado e capacidade das pessoas e em especial os direitos familiares pessoais. 2) O direito de propriedade é imprescritível, no sentido de que não se perde por prescrição. O facto de o proprietário não cuidar da coisa ou se desinteressar dela, não envolve perda do direito de propriedade por prescrição. O que pode acontecer é perder o direito de propriedade sobre a coisa pela posse de outrem sobre ela, isto é, pela usucapião ou *prescrição aquisitiva* em favor de outra pessoa que detenha a posse da coisa.”⁷⁰ (ANDRADE, p.447) (grifo nosso)

Considerando toda a teoria que foi apresentada até agora neste trabalho, especialmente no primeiro capítulo (referente à prescrição), fica evidente a fragilidade teórica deste pensamento acima apresentado. O próprio Código Civil Brasileiro assevera que o objeto da prescrição é *pretensão* (art. 189), o que dispensa a necessidade de maiores argumentos para afirmar que não é o *direito* que prescreve.

Tendo isto em vista, pouco sentido há em se falar – como falam estes três autores – que o *direito de propriedade não se extingue pelo não-uso*, correlacionando-se esta assertiva com a imprescritibilidade da ação reivindicatória. Simplesmente não há pertinência causal neste raciocínio. Como vimos, o regime

⁶⁷ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**, vol. II. 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 1972. p. 446.

⁶⁸ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 510.

⁶⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, Volume I: Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil**. 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 588.

⁷⁰ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**, vol. II. 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 1972. p. 447.

jurídico do direito de propriedade enfeixa as categorias eficaciais do direito de usar, poder de gozar, poder de dispor e direito de possuir (que pode ensejar a pretensão de reaver). Em relação à prescrição, pouco importa como o proprietário exerce estas categorias eficaciais, pois nada disto *enseja ou deixa de ensejar a prescrição*. O único elemento que importa é o efetivo exercício da pretensão (no caso, a reivindicatória), caso esta venha a existir concretamente, pois, como já se explicou, é tão somente a pretensão que pode prescrever.

Assim, se alguém é proprietário de uma casa, não é *relevante* (para a prescrição) se nela mora, se a aluga ou se nela nada faz. A única coisa que importa é uma hipotética perda injusta da posse para outrem, que ensejará o surgimento da pretensão reivindicatória. É diante desta pretensão que se pode questionar sobre a prescritibilidade ou imprescritibilidade (devendo-se formular a seguinte questão: *por que a pretensão reivindicatória é, ou deve ser, (im)prescritível?*). Afirmar-se a imprescritibilidade da ação reivindicatória com base na não-extinção do direito de propriedade pelo não-uso, pela última vez se reitera, puramente não faz sentido – lembre-se que o único efeito da prescrição é o encobrimento de eficácia da pretensão, não havendo extinção alguma, muito menos extinção do direito.

Outro ponto terrivelmente criticável presente na argumentação dos três autores em enfoque é a defesa que eles realizam de que o único modo de haver a prescrição em relação à *propriedade* seria por meio da usucapião, a qual é entendida enquanto *prescrição aquisitiva*. Isto sim pode ser considerado um disparate teórico.

Conforme leciona Pontes de Miranda:

“No direito comum, reuniam-se sob o nome de prescrição fatos de nascimento, ou terminação, ou desvirtuamento dos direitos, pretensões, ou ações, devido à continuação de exercício ou ao não-exercício continuado. Daí distinguem-se, então, a prescrição aquisitiva e a extintiva. Pensou-se mesmo em teoria geral da prescrição, com tal conceito larguíssimo – o que [...] perdura em juristas e sistemas jurídicos não a par da ciência, nem da verdade histórica. O erro gerou outros erros [...] *Com tudo isso, distanciavam-se os juristas do conceito de praescriptio, que é só exceptio, pois, nas fontes, prescrição nunca se refere à aquisição ou à perda do direito.* [...] No direito brasileiro, no fim do século passado, Antônio de Almeida Oliveira, com atraso lamentável de leitura e pior escolha [...] tratou, conjuntamente, da prescrição e dos outros institutos, como a usucapião.”⁷¹ (PONTES DE MIRANDA, p. 98-99) (grifo nosso)

⁷¹PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. VI, §662. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 98-99.

E Rodrigo Xavier Leonardo:

“Os elementos que integram o suporte fático da usucapião são completamente diferentes dos elementos que compõem o suporte fático da prescrição, sobretudo ante a crescente pluralidade de diferentes meios para se adquirir a propriedade mediante usucapião; a eficácia do que se compreende por prescrição e usucapião é diametralmente oposta; [...] As causas que impedem, suspendem e interrompem a prescrição são, em geral, imprestáveis para a usucapião, até mesmo pela diferente função prático-social de cada uma delas; [...] O transcurso do tempo, verificável tanto na prescrição como na usucapião não parece ser razão suficiente para unir ambas num mesmo instituto.”⁷² (LEONARDO, p.9) (grifo nosso)

Usucapião e Prescrição são fatos jurídicos distintos. Como foi já explicado, a prescrição é uma exceção que encobre a eficácia duma pretensão. Já a usucapião é um modo originário de aquisição da propriedade, tornando proprietário quem originalmente não o era, se preenchidos determinados requisitos legais. O que os dois institutos têm em comum (requisito da inação de alguém durante determinado lapso temporal) é muito pouco para que possam ser confundidos. A confusão, como dito, é um disparate teórico que, embora seja comum, só vem a depor contra os três autores supracitados.

Definida esta primeira análise, também é oportuno apresentar a opinião de Humberto Theodoro Jr. sobre a imprescritibilidade da pretensão reivindicatória.

Dispõe este autor:

“De maneira geral, são imprescritíveis as simples faculdades (direitos facultativos) que formam o conteúdo de um direito subjetivo: somente se extinguem quando o próprio direito desaparece, mas subsistem, não importa o tempo do não-uso, enquanto este se mantém, pois não são autônomas [...]. É o que se passa com o direito de propriedade sobre o imóvel [...] A ação reivindicatória não poderia se extinguir por prescrição antes do perecimento do direito de propriedade, porque, correspondendo a faculdade integrante de um direito subjetivo maior não se concebe possa ter destino diferente deste. Aplica-se, portanto, à ação reivindicatória (embora corresponda a uma pretensão) a regra de que as faculdades não prescrevem, enquanto subsistem os direitos subjetivos de que fazem parte.”⁷³ (THEODORO JR., p.167-169) (grifo nosso)

Theodoro Jr. pretende sustentar que a pretensão reivindicatória é decorrência de uma faculdade, a qual se insere no regime jurídico do direito de propriedade. Por este raciocínio, assevera que esta pretensão é imprescritível, tendo em vista a

⁷²LEONARDO, Rodrigo Xavier. **A prescrição no Código Civil Brasileiro (ou o jogo dos sete erros)**, p. 9.

⁷³THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. vol. III, tomo II. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 167-169.

afirmação de que as faculdades seriam imprescritíveis, pois *somente se extinguem quando o próprio direito desaparece*.

Muito embora este já seja um raciocínio teórico um pouco mais desenvolvido que o anterior apresentado, tampouco se considera que seja acertado. Explica-se.

Como já foi visto nos capítulos 1 e 2, a *propriedade* nada mais é que uma relação jurídica, ou seja, uma eficácia jurídica oriunda de fato jurídico. Enquanto relação jurídica, ela enfeixa algumas categorias eficaciais específicas: *o direito de usar, o poder de gozar, o poder de dispor e o direito de possuir*. Estas categorias, enquadradas enquanto posições ativas, necessariamente impõem a correspectividade de posições passivas – em face dos poderes formativos, há a situação de *sujeição*, já ante os direitos, os *deveres*. Conforme leciona Pontes de Miranda, dos direitos podem advir outras categorias eficaciais: as pretensões e as ações em sentido material, sendo que o fato jurídico da prescrição tem o condão de promover o encobrimento eficaz apenas das pretensões e, também hipoteticamente, das ações em sentido material.

Diante desta lógica, afirmar meramente – como faz Theodoro Jr. – que as faculdades são imprescritíveis é algo que não faz sentido. Direitos ou faculdades não prescrevem, pois simplesmente não são elementos integrantes do suporte fático do fato jurídico prescrição. Além disso, tampouco é correto se falar em *extinção* pela prescrição, como tantas vezes já se mencionou neste trabalho, sendo que o que há é apenas um encobrimento eficaz.

Outro ponto criticável é a relação de dependência que Theodoro Jr. assevera existir entre as múltiplas categorias eficaciais da relação jurídica de propriedade (que denomina de *faculdades*) com aquilo que ele chama de *direito subjetivo de propriedade*. Por tudo aquilo que já foi estudado, percebe-se que isto não é assim, pois os quatro poderes formativos/direitos componentes da propriedade enquanto direito real pleno, como leciona Marcos Bernardes de Mello, são independentes entre si:

“A propriedade é o mais amplo dos direitos reais. Em sua plenitude contém os direitos de usar, fruir e dispor da coisa, bem como o de reivindicá-la de quem, injustamente, a detenha. *Esses direitos são independentes entre si e se alicerçam no direito à substância da propriedade.*”⁷⁴ (MELLO, p.200) (grifo nosso)

⁷⁴MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia, 1ª Parte**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 200.

Se estes poderes formativos/direitos são conteúdo de uma reação jurídica que os engloba, como de fato são, não se pode afirmar que não podem deixar de existir – ou ter sua eficácia encoberta – só perecendo com a extinção da relação jurídica como um todo. Isto é um equívoco. Uma pessoa seguirá sendo proprietária, mesmo com sua pretensão reivindicatória hipoteticamente prescrita, ou até mesmo diante das hipóteses de haver cedido o direito de uso e o poder gozo. Poder-se-ia objetar que estaria perdida a *substância* da propriedade, ou a natureza de *direito real pleno*, o que é inegável, mas afirmar que as categorias eficaciais só se findam quando um *direito subjetivo* maior perece é um claro erro. Simplesmente não há pertinência teórica nesta assertiva.

Outros doutrinadores desenvolvem perspectivas teóricas muito semelhantes a esta, a exemplo de Andrea Torrente e Piero Schlesinger, Cláudia Seixas Silvany e Coviello. Não serão pontualmente citados, pois a explicação de seus posicionamentos seria redundante, tendo-se em vista tudo aquilo que já foi explicado.

Como conclusão preliminar, é possível se afirmar que, na teoria do direito privado, considerando toda a pesquisa feita, não se encontrou teoria com bases sólidas a defender a imprescritibilidade da pretensão reivindicatória. Todos os autores citados demonstraram fragilidade em suas bases argumentativas, sem muitos méritos na defesa de seus argumentos.

3.2.2. Posicionamentos Favoráveis à Prescritibilidade

Pontes de Miranda, Agnelo Amorim Filho e Manuel Albaladejo (autor espanhol referenciado na obra de Humberto Theodoro Jr.) são três autores que defendem, com profundo rigor teórico, a prescritibilidade da pretensão reivindicatória. A seguir, explicar-se-á a argumentação de cada um deles.

Como já foi introduzido no tópico 1.9 deste trabalho, Pontes de Miranda (p.100) faz a seguinte observação a respeito da prescrição: *o instituto da prescrição é de direito positivo. Se havia e há fundamento para ele, ou se é necessário à vida depois de se chegar a certo grau de civilização, é outra questão.*⁷⁵

⁷⁵PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. VI, §662. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 100.

Diante disto, a despeito de toda a rica construção teórica feita por este grande autor, ele mesmo acaba por reconhecer que a disciplina sobre a prescrição é algo completamente dependente da política legislativa. É no ordenamento jurídico positivo que se encontram as regras relativas à prescrição, definindo-se quais pretensões ela atinge ou não.

Neste sentido, também já se verificou que a lei civil (CCB art. 205) estabelece a prescritibilidade das pretensões como sendo a regra geral, requerendo-se a existência de normas específicas e de exceção para que haja a imprescritibilidade.

Considerando este posicionamento de Pontes de Miranda, a única questão que subsiste, e que deve ser perguntada pelo estudioso, é a seguinte: se a prescritibilidade é a regra e a imprescritibilidade a exceção, há alguma norma excepcional que torne imprescritível a pretensão reivindicatória?

A resposta é negativa. Não há norma alguma de exceção. Em função disto, enquadra-se a pretensão reivindicatória na norma geral do art. 205 do CCB, que estabelece prazo de dez anos para o exercício da pretensão.

Finaliza o autor (p.298): *a rei vindictio prescreve, nada obsta a que haja domínio sem a eficácia da pretensão reivindicatória [...]*⁷⁶.

Agnelo Amorim Filho (p.725-750), num artigo em que aborda as diferenças existentes entre os institutos da prescrição e da decadência⁷⁷, acaba fazendo, por intermédio da Teoria da Classificação das Ações de Chiovenda, uma interessante reflexão acerca das ações ditas *imprescritíveis*.

A tradicional classificação das ações as separa em três grandes categorias: condenatórias, constitutivas e declaratórias. As primeiras necessariamente veiculariam a pretensão de alguém em relação ao agir ou ao não agir de outrem, ou seja, é justamente nelas que se imporia o direito, por meio da *pretensão*. Já as ações constitutivas prestar-se-iam a criar, modificar ou extinguir um estado jurídico, veiculando, portanto, um direito potestativo, o qual não enfeixa *pretensão* alguma. Por fim, as ações declaratórias teriam como mero objetivo a consecução de uma

⁷⁶PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. VI, §702. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 298.

⁷⁷AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis**. Revista dos Tribunais, a.86, v.744, out.1997, p. 725-750.

certeza jurídica, nelas não se veiculando a pretensão de coisa alguma, nem se criando ou modificando estado jurídico qualquer⁷⁸ (AMORIM FILHO, p.732).

Em função disto, submeter-se-iam ao instituto da prescrição apenas as ações condenatórias, afinal é apenas a pretensão que prescreve. Ações constitutivas seriam afetadas pela decadência (a qual não nos compete aqui estudar) e as ações declaratórias seriam perpétuas, dada a sua própria natureza.

Por este raciocínio, afirma o autor que *imprescritíveis* seriam as ações constitutivas e declaratórias (melhor seria afirmar que não são nem prescritíveis, nem imprescritíveis, pois o fato jurídico da prescrição não é a elas pertinente), enquanto seriam *prescritíveis*, abstratamente, todas as ações condenatórias.

Assevera:

“Sendo a imprescritibilidade um conceito negativo, pode ser definido por exclusão, estabelecendo-se como regra que: são perpétuas (imprescritíveis) todas aquelas ações que não estão sujeitas nem a prescrição nem, indiretamente, a decadência. Por aí se verifica facilmente que são perpétuas (imprescritíveis): a) todas as ações meramente declaratórias; e b) algumas ações constitutivas (aquelas que não têm prazo (decadencial) especial de exercício fixado em lei). *Quanto às ações condenatórias, não há, entre elas, ações perpétuas (imprescritíveis), pois todas são atingidas, ou por prazos especiais do art. 178, ou por um dos prazos gerais do art. 177.* (prazos prescricionais da antiga lei civil – CCB/1916)”⁷⁹ (AMORIM FILHO, p.747) (grifo nosso)

Interessante observar que Amorim Filho não atenta, em seu artigo, à possibilidade de existirem regras de exceção, no ordenamento jurídico, que instituem imprescritibilidades de algumas ações condenatórias. O autor generaliza, afirmando que todas as ações condenatórias – que veiculam pretensões – são prescritíveis. Abstratamente tem razão, mas deveria considerar a possibilidade de exceções extravagantes normativamente previstas.

Como conclusão a partir do pensamento do Prof. Agnelo, cai-se no mesmo posicionamento já formulado por Pontes de Miranda: como não há norma de exceção para a pretensão reivindicatória, esta seria prescritível.

Outra posição teórica contrária à imprescritibilidade da pretensão reivindicatória é a de Albaladejo, autor estrangeiro citado nas reflexões de Humberto Theodoro Jr.

⁷⁸ AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis.** Revista dos Tribunais, a.86, v.744, out.1997, p. 732.

⁷⁹ AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis.** Revista dos Tribunais, a.86, v.744, out.1997, p. 747.

Afirma este:

[...] merece ser registrada a tese de ALBALADEJO, já consagrada por alguns precedentes da jurisprudência espanhola: de ordinário, o usucapião é que provoca a extinção da propriedade, mas a extinção da ação reivindicatória *“pode produzir-se por prescrição, ainda que não haja usucapião”*. Segundo o civilista ibérico, a prescrição, em qualquer caso (e não apenas na ação reivindicatória), não extingue o direito material e apenas retira ao titular a força de “impô-lo”, deixando a critério do sujeito passivo respeitá-lo ou não. Com isto o direito, após a prescrição, fica “debilitado”, mas não se extingue de todo. *O proprietário, após a prescrição da reivindicatória, não terá como manejá-la contra o possuidor, mas, continua sendo dono* (se não houver usucapião). “Embora não possa reivindicar sua coisa, se esta cair sob seu poder por outra via, poderá conservá-la contra a reivindicação que acaso pretenda intentar o não dono.”⁸⁰ (THEODORO JR., p.25 e ss) (grifo nosso)

Pode-se refletir que Humberto Theodoro Jr. não precisava ter buscado semelhante raciocínio no direito espanhol, pois Pontes de Miranda já havia teorizado o mesmo há várias décadas na doutrina brasileira. De qualquer forma, há de se reconhecer a solidez teórica do jurista estrangeiro. Sua argumentação não inova em nada se comparada com a teoria ponteana, mas tampouco cai em inconsistências teóricas, como as afirmações de que *as faculdades não prescrevem pelo não-uso* e que *a usucapião é prescrição aquisitiva*.

Como último posicionamento a ser apresentado, cita-se o do Prof. José Fernando Simão⁸¹, que constrói uma interessante teoria a partir da cláusula geral da boa-fé objetiva, mormente com base na obra de Menezes Cordeiro.

Segundo esta argumentação, uma decorrência lógica do princípio da boa-fé objetiva (consignado nos artigos 113 e 422 do CCB) é a figura da *supressio*, que pode ser conceituada como a *impossibilidade de exercício de uma posição jurídica em razão de sua não utilização por um período de tempo*. Segundo o autor, *se pudesse ser exercida esta posição, a boa-fé seria contrariada*.⁸² (SIMÃO, p.194).

Neste sentido, a *supressio* seria uma figura, um fato jurídico de efeitos práticos muito similares aos da prescrição. Porém, diferentemente desta, sua disciplina de prazos não possui amparo legal, devendo ser analisada

⁸⁰THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. vol. III, tomo II. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 169-170 *apud* ALBALADEJO, Manuel. **La prescripción de la acción reivindicatória**. A.D.C., 1990, p. 25 e ss.

⁸¹SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e Decadência: início dos prazos**. 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

⁸²SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e Decadência: início dos prazos**. 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 194 *apud* MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. p. 719.

casuisticamente. Neste sentido, aplicando-se o instituto ao problema da reivindicação, Simão afirma que:

“É de se perguntar se há prazos para que B exija a saída de A de seu terreno. [...] *em certos casos, haverá a incidência da supressio, que, como corolário da boa-fé objetiva, poderá impedir que B exija de A certa conduta.*”⁸³ (SIMÃO, p. 191) (grifo nosso)

O raciocínio, muito embora extrapole o tema da prescrição propriamente dita, é imensamente interessante. Independentemente de se discutir a existência da prescritibilidade ou imprescritibilidade da pretensão reivindicatória, poder-se-ia falar no impedimento do exercício desta pretensão em virtude da cláusula geral da boa-fé objetiva, que transcende e se aplica a todo o direito civil. Como efeito prático, ocorreria a obstaculização eficaz, tornando a questão de prescrição inócua.

Evidentemente que este pensamento de Simão é, de certa forma, vanguardista e enseja claros problemas de segurança jurídica – afinal não existem prazos fixos para a *supressio*. No entanto, mostra-se ser adequado numa análise global do direito civil brasileiro, do qual a boa-fé objetiva é diretriz incontestável.

3.2.3. Saldo Teórico

Por todos os argumentos expostos, fica claro que, ao mesmo tempo em que os teóricos defensores da Imprescritibilidade da pretensão reivindicatória caem em inconsistências profundas na estruturação de seus pensamentos, os teóricos defensores da prescritibilidade mostram maior lucidez argumentativa, restando muito mais razoável a conclusão de que, não havendo motivo especial para que a pretensão reivindicatória seja considerada imprescritível, dever-se-á aplicar o regime geral do Código Civil, que define a prescritibilidade como regra.

Como não há norma de exceção à pretensão reivindicatória, ela, portanto, prescreveria em dez anos. Claro que, seguindo o raciocínio apresentado por José Fernando Simão, poder-se-ia ainda argumentar, na casuística, sobre a aplicação da *supressio*, mas este já é outro instituto jurídico, o qual é citado somente enquanto contribuição anexa ao tema.

⁸³SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e Decadência: início dos prazos**. 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 191.

Assim, como conclusão, pode-se afirmar que, dentro da Teoria do Direito Privado, não se encontrou motivo razoável para sustentar a imprescritibilidade da pretensão reivindicatória. Por oposição, seria ela, portanto, prescritível.

É evidente que nada obsta que sejam construídas teorias mais satisfatórias do que as que aqui foram apresentadas. A conclusão aqui exposta, reconhece-se, é um recorte teórico, o qual sempre poderá, abstratamente, ser superado. Até lá, pugnar-se-á pela sustentação de que a prescritibilidade é a posição mais racional.

Há de se frisar, por fim, que a análise até agora realizada se insere, completa e restritivamente, na teoria do direito privado. A seguir, far-se-ão interlocuções com outros campos do Direito.

3.3. Interlocução Constitucional – Casuística

No tópico 1.9 deste trabalho, já se havia lançado a argumentação, com fulcro constitucional, acerca da imprescritibilidade e a sua relação com os direitos fundamentais. Neste momento, retorna-se ao assunto, porém com um viés mais teórico.

Tendo-se em vista toda a teoria geral que já foi apresentada, asseverou-se o entendimento de que a prescrição não extingue o direito, mas tão apenas encobre eficazmente o exercício da sua pretensão. Assim, afirmar que os *direitos fundamentais são imprescritíveis*, indubitavelmente, é um erro teórico.

Algo completamente diferente é pugnar pela imprescritibilidade das pretensões relativas aos direitos fundamentais. Esta defesa pode ser interpretada, na casuística, como consoante o ordenamento jurídico, muito embora este entendimento vá depender do tribunal e, inclusive, do afastamento de normas jurídicas muitas vezes claras e específicas acerca de hipóteses de prescrição e de seus prazos.

O que se quer afirmar é que, muito embora o instituto da prescrição, como afirma Pontes de Miranda, seja de direito positivo (não se cogitando de maiores motivações para a sua existência) e que, na prática, ele pode ensejar inúmeras injustiças que são consideradas legítimas – segundo o clássico balanceamento de valores entre justiça e segurança jurídicas – ainda assim podem ser defensáveis raciocínios jurídicos que desconsiderem a prescrição, a depender do caso concreto, inclusive em face de hipóteses de sua clara incidência.

Um exemplo disto é a desconsideração da aplicação da norma do decreto 20.910/1932 – relativa à prescrição quinquenal em prol do Poder Público – em face de pretensões indenizatórias decorrentes de violações de direitos fundamentais cometidas pelo próprio Estado. (*jurisprudência nos Anexos deste trabalho*)

Diversos tribunais entendem que, a despeito de a regra aludida ser clara e vigente, ela não deve ser aplicada, pois nestes casos, o reconhecimento da prescrição teria natureza totalmente ofensiva a todos os demais valores constitucionais.

Um raciocínio calcado apenas na teoria do direito é cético quanto a isto. Como já foi mencionado anteriormente, Humberto Theodoro Jr. afirma:

“Submetem-se, contudo, aos efeitos da prescrição as pretensões que decorrem de direitos indisponíveis como as de [...] exigir reparação pelo dano moral oriundo de ofensa ao direito da personalidade (embora sejam, em si, inalienáveis e imprescritíveis o [...] direito à honra).”⁸⁴ (THEODORO JR., p.167)

Teoricamente, contudo, mostra-se necessário reconhecer a grave diferença existente entre, por exemplo, uma fútil briga de vizinhos, na qual haja ofensas mútuas – ensejando-se assim pretensões indenizatórias fundadas em dano extrapatrimonial – e uma hipótese de violação estatal de direitos fundamentais, perpetrada por meio de tortura ou outros tipos de agressões.

Desconsiderando-se, na análise deste exemplo, as consequências criminais em ambos os casos, e apenas mantendo o foco na pretensão de reparação civil, nota-se que, na hipótese da briga de vizinhos, considerar prescritível a pretensão à reparação civil não é algo que, em abstrato, represente grave dano à ordem constitucional. Já no caso da violação estatal de direitos fundamentais, sem embargo, não se pode concluir o mesmo – e sequer basta muita inteligência para tanto, apenas algum teor de bom senso.

Obviamente que aqui foi utilizado um exemplo extremo e que, nos casos concretos, certamente surgirão hipóteses intermediárias de gravidade, ensejando uma abertura interpretativa enorme aos magistrados. Pode-se objetar que isto é algo que promove insegurança jurídica, que a prescrição não extingue direito algum (como, de fato, não extingue), que a escolha política de se haver adotado a prescritibilidade como regra geral pressupõe uma preferência pela segurança

⁸⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. vol. III, tomo II. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 167.

jurídica ante possíveis situações concretas de injustiça, que *o direito não protege os que dormem*, entre diversos outros argumentos. No entanto, e novamente aqui se cita Pontes de Miranda, defende-se que a *prescrição é instituo de direito positivo*.

Ora, ninguém duvida que o direito positivo brasileiro, especialmente em sede constitucional, é um grande complexo de normas, as quais salvaguardam em minúcias os direitos fundamentais. Muito embora estes direitos não sejam considerados absolutos, é inegável que eles possuem preeminência dentro do ordenamento jurídico, ensejando querelas fáticas de complexa solução, que demandam ponderações, sopesamentos, mas jamais a afastabilidade total do direito fundamental.

Neste sentido, dispõe Ingo Wolfgang Sarlet (p.411):

“A garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua *mínima eficácia*, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental.”⁸⁵(grifo nosso)

Não compete aqui fazer grandes aprofundamentos no direito constitucional (sequer tem-se competência para tanto), mas parece ser inegável a necessidade imperativa de garantia de um mínimo eficaz aos direitos considerados fundamentais. Tolher as pretensões relativas a estes direitos, em situações de violações absurdas e gravíssimas, por meio da aplicação mecânica e irrefletida da prescrição, pode consubstanciar um erro, do ponto de vista da interpretação sistemática do Direito.

É dentro desta linha argumentativa – e somente dentro destes limites – que se defende a ideia de que podem, ou melhor, de que devem os magistrados fazer juízos de possível afastamento de regras de prescrição.

Ressalta-se: não se pretende o caos, nem a incerteza e tampouco a abolição da teoria. Apenas se afirma que o Direito é algo que tem aplicação complexa, pois contempla valores muitas vezes contraditórios. Sugestiona-se, assim, que podem e devem existir hipóteses de afastamento e consequente não-aplicação de regras de prescrição, tendo-se em vista valores constitucionais de maior preeminência.

⁸⁵SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 411.

Perante complexidades e variabilidades imensas da nossa sociedade e do nosso Direito, não se pode sempre pretender sempre soluções idênticas e apriorísticas.

Por fim, pode estar o leitor a se indagar qual a pertinência de todo este raciocínio em relação à pretensão reivindicatória. A conexão é sutil. O que se pretende asseverar neste tópico é que não se pode falar em soluções *a priori* perante eventuais casos complexos. Isto faz com que o nível de certeza, no Direito, não seja absoluto.

Conclui-se, portanto, que muito embora o instituto da prescrição tenha clara disciplina jurídica, esta mesma disciplina pode não ser suficiente para todas as questões concretas. Neste contexto, insere-se o magistrado como o legitimado a resolver os casos complexos (*hard cases*). Não se pode ignorar a existência mesma destes *hard cases*, afinal isto equivaleria a fechar os olhos para a realidade. Tampouco se pode afirmar que exista resposta para todos os casos de antemão, pois, às vezes, não há. A conclusão derradeira a que se chega, finalmente, é que não se pode perfeitamente dirimir a possibilidade de dúvida, de incerteza, de um *terreno movediço jurídico*, sendo possível, inclusive, a existência de casos problemáticos envolvendo querelas reivindicatórias, afinal isto é, por óbvio, abstratamente plausível.

O intérprete jurídico, diante desta conjuntura, deve ter cuidado ao fazer afirmações peremptórias. Num ordenamento jurídico complexo, diante dos casos limites, a incerteza acaba sempre sendo a sombra do Direito.

3.4. Interlocução com o Direito Penal – Uma Proposta

Feita a breve observação de índole constitucional no tópico anterior, vem-se agora apresentar outra interlocução teórica, com fulcro no direito penal.

Não se questiona a existência do instituto da prescrição também neste ramo do direito. Pontes de Miranda, inclusive, faz referência a isto no tomo VI de seu Tratado de Direito Privado:

“3. DIREITO PRIVADO E DIREITO PENAL – O ramo do direito em que nasce a pretensão é o que lhe marca a prescrição, ou estabelece prazo preclusivo do direito.”⁸⁶ (PONTES DE MIRANDA, p. 101)

⁸⁶PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. VI, §662. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 101.

Há de se questionar, diante disto, quais são as regras e como se dá o funcionamento da prescrição no direito penal. Utilizemos, portanto, os posicionamentos de alguns doutrinadores penalistas a este respeito.

Aduz o Prof. Juarez Cirino dos Santos:

“A prescrição determina a perda do direito de exercer a ação penal por fatos puníveis, ou de executar a pena criminal aplicada contra autores de fatos puníveis, pelo decurso do tempo: a) a perda do direito de exercer a ação penal significa a *prescrição da pretensão punitiva* do Estado; b) a perda do direito de executar a pena criminal concretamente aplicada significa a *prescrição da pretensão executória* do Estado.”⁸⁷ (CIRINO DOS SANTOS, p. 643) (grifo nosso)

Cezar Roberto Bitencourt afirma, basicamente, o mesmo:

“Com a prática do crime, o direito abstrato de punir do Estado concretiza-se, dando origem a um conflito entre o direito estatal de punir e o direito de liberdade do indivíduo. O Ministério Público deduz em juízo a *pretensão punitiva* estatal [...] Com o trânsito em julgado da decisão condenatória, o ius puniendi concreto transforma-se em ius punitiois, isto é, a *pretensão punitiva* converte-se em *pretensão executória*. Da distinção entre ius puniendi e ius punitiois decorre a classificação da prescrição em *prescrição da pretensão punitiva*, impropriamente denominada prescrição da ação penal, e a *prescrição da pretensão executória*, também chamada de prescrição da pena”⁸⁸ (BITENCOURT, p.731) (grifo nosso)

É notável que ambos os autores reconhecem a estruturação teórica genérica de que o fato jurídico da prescrição incide sobre a pretensão, seja esta punitiva ou executória. Não entram em maiores detalhes, como faz Pontes de Miranda, ao afirmar que a prescrição promove um encobrimento de eficácia da pretensão, contudo, não incidem no erro de afirmar de que é o próprio direito que prescreve, extinguindo-se pela prescrição.

Por meio desta reflexão, mostra-se bastante aceitável sustentar a afirmação de que o fato jurídico da prescrição possui a mesma estrutura, tanto no direito privado, como no direito penal. Isto, inclusive, pode ser deduzido pela própria referência que Pontes de Miranda fez a este tema, no direito penal, em seu Tratado de Direito *Privado*.

⁸⁷CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal, Parte Geral**. 4ª edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 643.

⁸⁸BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 731.

Fala-se, assim, numa teoria geral sobre a prescrição, aplicável ao Direito como um todo. Este fato jurídico, como já foi diversas vezes ressaltado, serviria a encobrir a eficácia de pretensões, sejam elas cíveis, penais, empresariais, dentre outras.

Resta como primeira conclusão justamente isto: a prescrição, no direito penal, segue a mesma estrutura que no direito privado.

Prosseguindo-se na interlocução entre os ramos do Direito, é oportuno citar outro instituto do direito penal, cuja análise será posteriormente muito útil às reflexões teóricas propostas neste trabalho. Trata-se do instituto dos *crimes permanentes*.

Afirmam Mirabete e Fabbrini (p.114):

“Crime permanente existe quando a consumação se prolonga no tempo, dependente da ação do sujeito ativo. No seqüestro ou cárcere privado (art. 148), por exemplo, a consumação se protraí durante todo o tempo em que a vítima fica privada de liberdade, a partir do momento em que foi arrebatada pelo agente, o que também ocorre no crime de extorsão mediante seqüestro (art. 159) etc. *Na violação de domicílio, a consumação ocorre durante o tempo em que o agente se encontra na casa ou dependências da vítima contra sua vontade expressa ou tácita.* [...] a principal característica do crime permanente é a possibilidade de o agente poder fazer cessar sua atividade delituosa, pois a consumação, nele, continua indefinidamente [...]”⁸⁹ (grifo nosso)

No mesmo sentido, seria possível citar Bitencourt, Damásio de Jesus, Zaffaroni e Pierangeli, entre outros autores. Não se fazem as citações, pois elas nada agregariam, afinal o *crime permanente* é um conceito pacífico e que goza de consonância entre os doutrinadores penais.

Cabe, no entanto, observar uma grave peculiaridade que este tipo de crime enseja em relação à disciplina da prescrição da pretensão punitiva. Para tanto, cite-se o próprio Código Penal:

“Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:
I – do dia em que o crime se consumou;
II – no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;
III – *nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência.*”⁹⁰
(grifo nosso)

⁸⁹MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal, Parte Geral: Arts. 1º a 120 do CP, vol. 1.** 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 114.

⁹⁰Brasil. **Código Penal.** Decreto-Lei nº.2848/40. Brasília, DF: Saraiva; 2011

Dispõe a lei que não se deve contar o prazo prescricional, nos casos dos crimes permanentes, da data em que o fato delituoso começou a ser praticado, ou seja, da data em que teve início. Isto é assim, pois a própria natureza do crime implica a violação contínua do bem jurídico protegido, só se podendo falar em cessação do ato quando o sujeito ativo deixa de continuar a praticá-lo. Diferentemente do homicídio (CP, art. 121), cujo resultado é inequivocamente instantâneo, iniciando-se a contagem do prazo prescricional de imediato, a violação de domicílio (CP, art. 150) só deixa de ocorrer quando o sujeito ativo deixa, efetivamente, de violar o domicílio. Por mais óbvio que isto se mostre, é necessário considerar que esta é uma peculiaridade que produz enormes diferenças na prática.

Outra observação a ser feita é a de que não existe, na lei civil, dispositivo semelhante, fato que parece ser um lapso legislativo. Recapitule-se o CCB, em seu artigo 189: *violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.*⁹¹

É notável que o legislador civil apenas se focou na *violação do direito* para afirmar o surgimento da pretensão, momento a partir do qual é contado o prazo da prescrição civil. Se é bem verdade que existe a crítica ao fato de que muitas vezes a pretensão existe sem a necessidade de violação do direito, tampouco é inegável que, em vários casos (como na pretensão reivindicatória), a pretensão efetivamente surge quando da violação.

A grande questão é que, a exemplo daquilo que ocorre no direito penal, em relação aos crimes permanentes, pode-se também falar, no direito privado, de violações ao Direito que se protraem no tempo. Enquanto o inadimplemento de um contrato de compra e venda é algo de natureza instantânea e pontual, a invasão injusta de uma casa é algo que temporalmente se estende, perdurando enquanto houver a turbação ou a perda da posse.

Chega a ser paradoxal entender-se que a prescrição da pretensão punitiva surgida em virtude do crime de violação de domicílio (cujo prazo só passa a ser contado a partir da cessação da violação) tenha a contagem de prazo diferenciada em relação às pretensões cíveis – indenizatória e reivindicatória – oriundas do mesmo fato (cujos prazos se contam a partir da data do início da violação).

⁹¹BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, 2002

O direito penal, neste sentido, parece conter uma resposta teórica muito mais lógica que o direito privado ante o problema das violações jurídicas não pontuais.

Aplicando-se este raciocínio à pretensão reivindicatória, há de se notar que a violação do direito do proprietário de possuir a coisa que é objeto do direito de propriedade não é algo pontual. Quem invade ou turba injustamente a posse, geralmente o faz com protelação temporal, afinal isto é da própria índole do ato de invadir e ocupar. Seguindo a lógica penal, o prazo da prescrição da pretensão não poderia ser contado do início da violação, mas sim da cessação. Na prática, poder-se-ia falar num esvaziamento completo, portanto, da prescrição da pretensão reivindicatória.

Como a prescrição é um fato jurídico que, como já foi dito, tem regime genérico dentro de todos os ramos do direito, não se considera que esta interdisciplinaridade entre direito civil e penal seja um absurdo.

Nada obstante, nada neste sentido foi encontrado na doutrina brasileira. Reitera-se, não se considera absurdo o raciocínio, muito embora não tenham sido encontradas referências a ele.

Outro ponto que se deve asseverar é que toda esta construção é apenas uma proposta, uma conclusão que se obteve pela análise díspare que o direito penal e o direito privado fazem acerca do mesmo instituto – disparidade a qual não se considera razoável, pois não se vê razão para o tratamento distinto.

Não se nega, a consequência deste raciocínio seria, naturalmente, a impossibilidade lógica da prescritibilidade da pretensão reivindicatória, pois, se enquanto a violação não cessa, o prazo não flui, tampouco faz sentido pretender a reivindicação após a cessação da violação. Nada obstante, e pela última vez se frisa, a interdisciplinaridade não parece ser descabida.

CONCLUSÃO

Na abordagem do tema da prescritibilidade da pretensão reivindicatória, como síntese, é possível enunciar a subsequente conclusão: dentro a teoria geral do direito privado, não se encontrou argumentos razoáveis e suficientes para se considerar esta pretensão imprescritível. Por oposição, portanto, ela há de ser considerada prescritível. Já segundo a interlocução feita com o direito penal, a pretensão reivindicatória restaria como imprescritível, pelos motivos apresentados.

Nada obstante, a maior conclusão a que se chegou, especialmente tendo em vista o estudo da jurisprudência, é de que, em alguns casos, regras sobre a prescrição são afastadas pelos tribunais, em função de maior valoração de outros direitos considerados como preeminentes. Dada esta possibilidade, ainda que restrita, de maleabilidade e relativização de normas, não se pode asseverar que todos os casos sempre terão solução *a priori*. Diante disso, o regime estritíssimo sobre as regras prescricionais, querendo-se ou não, fica abalado.

Há de ser feita a ressalva, que também foi realizada na introdução deste trabalho, de que a propriedade – da qual tantas vezes se falou no corpo do texto – deve ser entendida como aquela na qual o proprietário cumpre a função social. Este é um requisito, de índole constitucional, que serve inclusive como condição de existência do direito de propriedade⁹². Entenda-se: só é proprietário aquele que cumpre com a função social e é neste sentido que a propriedade foi entendida nesse estudo.

Não se olvida que esta questão da imprescritibilidade da pretensão reivindicatória possui complexos reflexos práticos. Se neste trabalho foi dado um viés puramente teórico e (quiçá restritivo) ao tema, isto não significa que, especialmente num país como Brasil, no qual há inúmeras tensões de acesso à propriedade – especialmente imobiliária – devam-se desconsiderar direitos constitucionais como os à moradia e à terra, e toda a sua problematização. Sobre esta questão, de tensão constitucional, já foram escritas várias obras (e poderão ser escritas muitas outras), mas isto já é algo que transcende os objetivos desta breve monografia. O que se busca salientar é que o tema apresentado possui muitas facetas, havendo sido analisada, neste trabalho, apenas uma delas.

⁹² FACHIN, Luiz Edson. **A Função Social da Posse e Propriedade Contemporânea**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

Crê-se que, metodologicamente, o estudo realizado não caiu e incoerências e que seguiu austero rigor teórico. Ao menos foi esta a maior preocupação de todas. Como mais uma vez se frisa, e agora para encerrar peremptoriamente este trabalho, afirma-se que outras análises sempre serão possíveis.

ANEXOS

Neste derradeiro ponto da monografia, realizar-se-á uma apresentação de jurisprudência para subsidiar a tese de que os tribunais brasileiros possuem entendimentos de que podem não ser aplicadas as regras normais acerca da prescrição em determinados casos, mormente os que envolvam direitos fundamentais. Em relação à exposição dos julgados, far-se-ão comentários explicativos. Adverte-se preliminarmente o leitor de que os grifos (em negrito e itálico) e os recortes ([...]) foram realizados *a posteriori* por este autor (não são originais), com o intuito de facilitar a exposição da argumentação proposta.

1)

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA. DITADURA MILITAR. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ***PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. IMPRESCRITIBILIDADE.*** DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO N. 20.910/32. REDUÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DISPOSITIVOS DA LEI N. 10.559/2002. SÚMULA 211/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que o julgador não está adstrito a responder todos os argumentos das partes, desde que fundamente sua decisão. ***2. São imprescritíveis as ações de reparação de dano ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar.*** Assim, desnecessária a discussão em torno do termo inicial da contagem do prazo prescricional. 3. A revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não ocorreu nos presentes autos. 4. Hipótese em que foi fixado o montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de danos morais, após a análise das circunstâncias do caso concreto. Incidência da Súmula n. 7 do STJ. 5. É inviável o conhecimento do recurso quanto aos dispositivos da Lei n. 10.559/2002, não emitido juízo de valor na origem. Aplicação da Súmula n. 211/STJ. 6. Não configura contradição afirmar a falta de prequestionamento e afastar indicação de afronta ao artigo 535 do Código de Processo Civil, uma vez que é perfeitamente possível o julgado se encontrar devidamente fundamentado sem, no entanto, ter sido decidido à luz dos preceitos jurídicos desejados pela postulante. 7. Agravo regimental não provido.

(STJ, Relator: Ministro **BENEDITO GONÇALVES**, Data de Julgamento: 06/09/2011, T1 - PRIMEIRA TURMA)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES: Os argumentos ora ventilados não são capazes de modificar a decisão agravada, que deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, *in verbis*:

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União contra decisão que inadmitiu recurso especial ao fundamento de que a pretensão recursal encontra óbice nas Súmulas n.s 07, 83 e 211 do STJ.

Versam os autos, originariamente, ação proposta por Leônidas Lara em desfavor da União, objetivando o pagamento de indenização por danos morais, atribuídos aos constrangimentos experimentados durante o governo ditatorial, no período entre 1964 e 1979, cujo pedido foi julgado improcedente pelo juízo singular, ao fundamento de prescrição da pretensão indenizatória, condenando o autor ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

O autor interpôs apelação perante o Tribunal *a quo*, que reformou a sentença, por maioria de votos, para afastar a prescrição e condenar a União ao pagamento da indenização por danos morais, fixada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), acrescida de correção monetária pelo INPC, a contar da data do acórdão, e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação; assim como das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação. O acórdão foi assim ementado (fl. 86):

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. REGIME MILITAR. PRESO POLÍTICO. DIREITO FUNDAMENTAL. PRESCRIÇÃO AFASTADA. EXCEPCIONALIDADE. MÉRITO. JULGAMENTO. PROVAS. INDENIZAÇÃO.

Afastada, em caráter excepcional, a prescrição quinquenal em relação à pretensão relacionada à indenização por dano moral, diretamente relacionada à violação da dignidade humana e da liberdade, tolhidas durante o Regime Militar. (precedentes do STJ e desta Corte).

Julgamento do mérito, com base no contido no art. 515, III, do CPC.

Presentes as provas de que o autor foi vítima de perseguição e prisão política, sofrendo consequências dos atos ilegais praticados pelo Estado durante o Regime Militar. Presentes os requisitos da responsabilidade civil e o dever de indenizar.

Indenização fixada com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, segundo parâmetros desta Corte.

A ora agravante opôs embargos de declaração contra esse acórdão, mas foram rejeitados, por se entenderem objetivando tão só o prequestionamento da matéria, ausentes as hipóteses do art. 535 do CPC, do qual se extrai o seguinte excerto:

[...] devo salientar que as questões ventiladas pela parte embargante e os dispositivos por ela invocados não se apresentam pertinentes à solução da matéria versada nos autos.

Irresignada, a União interpôs embargos infringentes, que teve provimento negado, com a seguinte ementa (fl. 175):

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. REGIME MILITAR. PRESO POLÍTICO. DIREITO FUNDAMENTAL. PRESCRIÇÃO AFASTADA.

1. Afastada, em caráter excepcional, a prescrição quinquenal em relação à pretensão relacionada à indenização por dano moral, diretamente relacionada à violação da dignidade humana e da liberdade, tolhidas durante o Regime Militar. (precedentes do STJ e desta Corte).

2. Presentes as provas de que o autor foi vítima de perseguição e prisão política, sofrendo conseqüências dos atos ilegais praticados pelo Estado durante o Regime Militar. Presentes os requisitos da responsabilidade civil e o dever de indenizar.
3. Indenização fixada com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, segundo parâmetros desta Corte.
4. Embargos infringentes a que se nega provimento.

Em suas razões, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, a recorrente alega que o Tribunal de origem violou:

[...]

(ii) o artigo 1º do Decreto nº20.910/32, ao defender a prescrição do fundo de direito postulado, sustentando que a norma não contém exceções. Alega que, ainda que se enquadre o presente caso à Lei n. 10.559/2002, há previsão apenas de reparação por danos materiais. Ademais, ainda quanto à prescrição, requer que a promulgação da Constituição Federal de 1988 seja o marco inicial para a contagem do prazo prescricional;

[...]

A agravante alega que seu recurso especial satisfaz os requisitos de admissibilidade e que não se encontram presentes os óbices apontados na decisão agravada.

Em contraminuta (fls. 311/321), o autor defende que seja mantido o acórdão recorrido e a imprescritibilidade do direito.

Autos conclusos em 09 de setembro de 2010.
É o relatório. Passo a decidir.

O recurso em apreço não merece prosperar.

[...]

Quanto à prescrição do fundo de direito (art. 1º do Decreto n. 20.910/32), esta Corte pacificou entendimento de que são imprescritíveis as ações de reparação de dano ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. **REGIME MILITAR. PERSEGUIÇÃO E PRISÃO POR MOTIVOS POLÍTICOS. IMPRESCRITIBILIDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.º DO DECRETO N.º 20.910/32.** ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. CONFIGURAÇÃO, REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO e HONORÁRIOS. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N.º 07/STJ.

1. Ação ordinária proposta com objetivo de reconhecimento de danos morais, em face do Estado, pela prática de atos ilegítimos decorrentes de perseguições políticas perpetradas por ocasião do golpe militar de 1964, que culminaram na prisão do genitor dos ora autores, cujas conseqüências, alegam os requerentes, ocasionaram transtornos depressivos na vítima e dependência alcoólica, bem como

discriminação no ambiente social dos autores e debilidade das condições financeiras.

[...]

4. A violação aos direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a proteção da sua dignidade lesada pela tortura e prisão por delito de opinião durante o Regime Militar de exceção enseja ação de reparação ex delicto imprescritível, e ostenta amparo constitucional no art. 8.º, 3.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

5. À luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento.

6. Consectariamente, não há falar em prescrição da pretensão de se implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade.

[...] (REsp 959.904/PR, Rel. **Ministro Luiz Fux**, Primeira Turma, DJe 29/09/2009). (grifei)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. PRISÃO ILEGAL E TORTURA DURANTE O PERÍODO MILITAR. PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL PREVISTA NO ART. 1º DO DECRETO 20.910/32. NAO-OCORRÊNCIA. IMPRESCRITIBILIDADE DE PRETENSÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DURANTE O PERÍODO DA DITADURA MILITAR. RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. São imprescritíveis as ações de reparação de dano ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar, afastando, por conseguinte, a prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto 20.910/32. Isso, porque as referidas ações referem-se a período em que a ordem jurídica foi desconsiderada, com legislação de exceção, havendo, sem dúvida, incontáveis abusos e violações dos direitos fundamentais, mormente do direito à dignidade da pessoa humana.

2. "Não há falar em prescrição da pretensão de se implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade" (REsp 816.209/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 3.9.2007).

3. "No que diz respeito à prescrição, já pontuou esta Corte que a prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto-Lei n. 20.910/32 não se aplica aos danos morais decorrentes de violação de direitos da personalidade, que são imprescritíveis, máxime quando se fala da época do Regime Militar, quando os jurisdicionados não podiam buscar a contento as suas pretensões".

(REsp 1.002.009/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 21.2.2008).

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no Ag 970.753/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 12/11/2008). (grifei)

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRISÃO, TORTURA E MORTE DO PAI E MARIDO DAS RECORRIDAS. REGIME MILITAR. ALEGADA PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. LEI N. 9.140/95. RECONHECIMENTO OFICIAL DO FALECIMENTO, PELA COMISSÃO ESPECIAL DE DESAPARECIDOS POLÍTICOS, EM 1996. DIES A QUO PARA A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL.

[...]

Ainda que assim não fosse, em se tratando de lesão à integridade física, deve-se entender que esse direito é imprescritível, pois não há confundi-lo com seus efeitos patrimoniais reflexos e dependentes.

"O dano noticiado, caso seja provado, atinge o mais consagrado direito da cidadania: o de respeito pelo Estado à vida e de respeito à dignidade humana. O delito de tortura é hediondo. A imprescritibilidade deve ser a regra quando se busca indenização por danos morais consequentes da sua prática" (REsp n. 379.414/PR, Rel. Min. José Delgado, in DJ de 17.02.2003).

Recurso especial não conhecido (REsp 449.000/PE, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 30/06/2003). (grifei)

Por conseguinte, ante a imprescritibilidade, torna-se desnecessária a discussão em torno do termo inicial para a contagem do prazo prescricional da presente ação.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535, II, DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE.

[...]

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

Tendo em vista que as razões do presente agravo constituem mera reiteração de argumentos que já foram suficientemente rebatidos pela decisão ora agravada, não vislumbro a necessidade de tecer quaisquer considerações complementares à devida fundamentação deste julgado.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

O voto do Ministro Benedito Gonçalves, com amparo no voto do Ministro Luiz Fux (REsp 816.209/RJ), é bastante claro ao sustentar que as pretensões – inclusive as de cunho indenizatório – surgidas de violações de direitos fundamentais escapam à regra do Decreto 20.910/32, não se submetendo à prescrição. A fundamentação utilizada pelos dois juristas (sendo um deles, inclusive, atualmente Ministro do STF) é essencialmente calcada no argumento de que os direitos fundamentais são um dos *pilares da República*, sendo que a proteção da dignidade humana *perduraria enquanto subsistisse a própria República*, posto ser seu fundamento.

Longe de ser mero exercício de retórica, percebe-se que o Ministro Fux, ao interpretar a Constituição, concluiu que as pretensões relativas à proteção da dignidade humana não podem/devem prescrever. Entende-se que, na fundamentada opinião dele, seria diretamente contrário à Constituição admitir a prescritibilidade destas pretensões.

De acordo com este posicionamento, é também possível citar:

2)

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. **IMPRESCRITIBILIDADE DO DIREITO DE PLEITEAR INDENIZAÇÃO EM RAZÃO DOS ATOS PRATICADOS DURANTE O REGIME MILITAR.** AÇÃO CIVIL EX DELICTO. ART. 63 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIR-SE O TERMO A QUO DA PRESCRIÇÃO. INAPLICABILIDADE DO DECRETO N. 20.910/1932, DO CÓDIGO CIVIL E DA LEI N. 9.140/1995 INTERPRETAÇÃO PRINCIPOLÓGICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 À LUZ DO PÓS-POSITIVISMO.

1. A inaplicabilidade do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932 ressoa inequívoca. Deveras, os atos praticados no período do regime de exceção são imprescritíveis, porque atentaram contra a dignidade da pessoa humana. [...]

6. Ad argumentantum tantum, as assertivas de que a Constituição Federal faz expressamente constar todas as hipóteses de imprescritibilidade, sendo que, dentre elas, não está prevista a indenização pelos atos praticados no regime de exceção, é inarredável. *Sucedo que essa questão deve ser relegada a segundo plano, já que a nova ordem de interpretação principiológica da Lei Fundamental, à luz do pós-positivismo, sinaliza que a solução do litígio, principalmente em se tratando de direitos fundamentais, deve estar voltado para a quaestio apresentada, e não para a norma em si. Dessa forma, tendo em vista a gravidade do crime perpetrado e o bem a que se visa tutelar, não se pode interpretar a Carta de 1988 em numerus clausus.* [...]

13. Agravo regimental não provido, acompanhando a eminente Relatora Ministra Denise Arruda.

(STJ - AgRg no REsp: 1056333 RJ 2008/0100159-6, Relator: Ministra **DENISE ARRUDA**, Data de Julgamento: 25/05/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/06/2010)

O argumento desenvolvido pela Ministra Denise Arruda, no item 6 da ementa apresentada, também é extremamente pertinente, pois é a defesa expressa à maior amplitude interpretativa que deve ser dada ao Direito quando houver o tratamento de questões sensíveis aos direitos fundamentais. Segundo a ministra: *em se tratando de direitos fundamentais, deve estar voltado para a quaestio apresentada, e não*

para a norma em si. Por si, isto desvela o caráter das decisões que o STJ está dando a este tipo de problema, permitindo maior abertura hermenêutica.

Citem-se outros julgados:

3)

EMENTA

PROCESSO CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - RAZOABILIDADE - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07/STJ. PRETENDIDA NULIDADE DO JULGAMENTO POR DESRESPEITO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO - **NÃO APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL (ART. 1º DO DECRETO 20.910/32)-REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS POR VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS - REGIME MILITAR - IMPRESCRITIBILIDADE.** 1. Verifica-se, na hipótese, que a reparação foi fixada em R\$ (vinte mil reais), valor que não se mostra exacerbado, ou desproporcional diante do dano experimentado, de modo a autorizar a intervenção desta Corte para alterá-lo. Incide, na hipótese, a súmula 07/STJ. 2. Não se há falar em reserva de plenário e declaração de inconstitucionalidade diante da constatação de que determinado comando normativo é inaplicável ao caso dos autos, quando evidente que se aplica a outras tantas situações. 3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AI 781.787 AgR/GO, concluiu pela "Inexistência de ofensa ao princípio da reserva de plenário, pois o acórdão recorrido analisou normas legais sem julgar inconstitucional lei ou ato normativo federal ou afastar a sua incidência, restringindo-se o Superior Tribunal de Justiça a considerar inaplicável ao caso o art. 1º do Decreto 20.910/32". 4. **Aos casos de reparação de danos causados por violação dos direitos fundamentais, ocorridos principalmente à época do Regime Militar, não se aplica a prescrição quinquenal prevista no artigo 1º do Decreto 20.910/32.** Precedentes. 5. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg no AREsp: 188288 MG 2012/0119799-1, Relator: **Ministra ELIANA CALMON**, Data de Julgamento: 02/05/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/05/2013)

4)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA. DITADURA MILITAR. PRISÃO E TORTURA A INTEGRANTE DO PARTIDO COMUNISTA BRASILEIRO. DANOS CONFIGURADOS. IMPRESCRITIBILIDADE DE PRETENSÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DURANTE O PERÍODO DE EXCEÇÃO.** ARTIGOS DE LEI APONTADOS COMO VIOLADOS NÃO PREQUESTIONADOS PELO ACÓRDÃO A QUO. SÚMULA 211/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. VERBA FIXADA COM RAZOABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. 1. **O STJ pacificou entendimento no sentido de que são imprescritíveis as ações de reparação de dano ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar.** Precedentes: REsp 959.904/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23/04/2009, DJe 29/09/2009; AgRg no Ag 970.753/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 21/10/2008, DJe 12/11/2008;

REsp 449.000/PE, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 05/06/2003, DJ 30/06/2003 p. 195. 2. Os artigos 4º e 16 da Lei n. 10.559/2002 não foram prequestionados no Tribunal de origem, apesar de a parte ter opostos aclaratórios. Incidência da Súmula 211/STJ. [...] 6. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg no REsp: 1160643 RN 2009/0191886-9, Relator: **Ministro BENEDITO GONÇALVES**, Data de Julgamento: 23/11/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/11/2010)

No mesmo sentido, cita-se um julgamento do STF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

5)

EMENTA

Trata-se de recurso extraordinário que impugna acórdão do Superior Tribunal de Justiça assim do: "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. **RESSARCIMENTO DE DANOS. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA, PRISÃO E TORTURA DURANTE A DITADURA MILITAR. IMPRESCRITIBILIDADE.** DISPOSITIVOS LEGAIS NÃO PREQUESTIONADOS. SÚMULA 211/STJ. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Na hipótese dos autos, o recorrido propôs ação ordinária visando à condenação da União ao pagamento de indenização pelos danos que alegou ter sofrido quando preso e sujeitado a atos de exceção por convicção ideológica durante o período da ditadura militar. 2. No caso dos autos, não houve apreciação pelo Corte de origem sobre todos dispositivos legais supostamente violados, o que impossibilita o julgamento do recurso neste aspecto, por ausência de prequestionamento, nos termos da Súmula 211/STJ. **3. Conforme o entendimento jurisprudencial do STJ, em face do caráter imprescritível das pretensões indenizatórias decorrentes dos danos a direitos da personalidade ocorridos durante o regime militar, não há que se falar em aplicação do prazo prescricional do Decreto 20.910/32.** 4. A Corte de origem reconheceu que o recorrido esteve sujeito a atos de exceção irregulares durante o período da ditadura militar, e que o valor da condenação fixado na sentença bem retrata a situação dos autos. 5. A acolhida da pretensão recursal - no sentido de que o valor da indenização fixada importa em enriquecimento indevido da vítima, razão pela qual deve ser reduzido - demanda prévio reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado ante o óbice preconizado na Súmula 7 deste Tribunal. 6. Excetuada as hipóteses em que o valor afigura-se manifestamente ínfimo ou exorbitante, o que não se verifica na espécie, a majoração ou redução dos honorários advocatícios atrai a incidência da Súmula 7/STJ. 7. Agravo regimental não provido". (eDOC 2, p. 144) No recurso extraordinário, interposto com fundamento no artigo 102, III, "a", da Constituição Federal, sustenta-se, em preliminar, a repercussão geral da matéria deduzida no recurso. No mérito, aponta-se violação aos artigos 1º, III; 5º, caput, III, XLIII e XLIV; e 97, da Carta Magna. A recorrente alega, em síntese, violação à cláusula de reserva de Plenário, pois a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º, do Decreto nº 20.910/32 emanou de órgão fracionário do STJ. **Ademais, afirma que não há como se extrair do texto constitucional a imprescritibilidade da pretensão de reparação civil por atos de tortura.** Decido. O recurso não merece prosperar. Na espécie, não se vislumbra hipótese de declaração de inconstitucionalidade

de lei por órgão fracionário do Superior Tribunal de Justiça nem o afastamento da norma por fundamentos extraídos da Constituição Federal. **No caso, o acórdão recorrido limitou-se a aplicar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a prescrição quinquenal não se aplica aos casos de reparação de danos causados por violações aos direitos fundamentais, que são imprescritíveis, principalmente quando aqueles ocorridos à época do regime militar.** Nesse sentido o AI 781.787, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 3.12.2010, com acórdão assim ementado: “CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO. CRIME DE TORTURA NO REGIME MILITAR. AFASTAMENTO DO ART. 1º DO DECRETO 20.910/32. PRESCRIÇÃO. VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE 10: INOCORRÊNCIA. DESCUMPRIMENTO AO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO: NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. Inexistência de ofensa ao princípio da reserva de plenário, pois o acórdão recorrido analisou normas legais sem julgar inconstitucional lei ou ato normativo federal ou afastar a sua incidência, restringindo-se o Superior Tribunal de Justiça a considerar inaplicável ao caso o art. 1º do Decreto 20.910/32. 2. Agravo regimental a que se nega provimento”. Cito, ainda, as seguintes decisões monocráticas proferidas em situações análogas a dos autos: RE 606.377, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 8.11.2010; AI-AgR 783.609, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 27.4.2010 e AI 773.071, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 8.4.2010. Assim, não há o que prover quanto às alegações recursais. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (arts 21, § 1º, do RISTF e 557, caput, do CPC). Publique-se. Brasília, 9 de maio de 2013. Ministro GILMAR MENDES Relator Documento assinado digitalmente.

(STF - RE: 738963 DF , Relator: **Min. GILMAR MENDES**, Data de Julgamento: 09/05/2013, Data de Publicação: DJe-089 DIVULG 13/05/2013 PUBLIC 14/05/2013)

Pelos julgados citados, fica evidente o fato de que os tribunais pátrios interpretam com grave margem de liberdade hermenêutica normas relativas à aplicabilidade do instituto da prescrição. Evidentemente, há também jurisprudência em sentido diverso, nada obstante, a existência de hipóteses de relativização (que foram aqui demonstradas) desconstrói o dogma de que a prescrição sempre terá aplicação clara e incontroversa, preenchidos seus requisitos legais. Em casos de pretensões oriundas de direitos fundamentais, como por exemplo, os relativos a indenizações decorrentes de tortura praticada durante o Regime Militar, pacificou-se no STJ a defesa da imprescritibilidade, pelos argumentos já aludidos. É possível, portanto, que outros temas e casos venham a receber o mesmo tratamento – algo que seria bastante lógico e coerente.

Especificamente em relação à pretensão reivindicatória, não foram encontrados casos (teoricamente sustentáveis) em que se defenda a sua imprescritibilidade dentro de uma matriz constitucional. Nada obsta, sem embargo, que em algum momento isto venha a ocorrer concretamente, afinal a jurisprudência já evidenciou esta possibilidade interpretativa.

REFERÊNCIAS

AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis**. Revista dos Tribunais, a.86, v.744, out.1997.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica, vol. II**. 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 1972.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF, 2002.

BRASIL. **Código Penal**. Brasília, DF: Saraiva, 2011.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal, Parte Geral**. 4ª edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **A Função Social da Posse e Propriedade Contemporânea**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **A prescrição no Código Civil Brasileiro (ou o jogo dos sete erros)**. (artigo)

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia, 1ª Parte**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal, Parte Geral: Arts. 1º a 120 do CP, vol. 1**. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, Volume I: Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil**. 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. V. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. VI. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. X. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. XI. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. XIV. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVANY, Cláudia Seixas. **Prescrição e Decadência à Luz do Novo Código Civil**. (artigo)

SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e Decadência: início dos prazos.** 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil.** vol. III, tomo II. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TOMASETTI, Alcides (et. alli). **Comentários à Lei de Locações de Imóveis Urbanos.** São Paulo: Saraiva. 1991, p.6.

